Bibl. Pal. Vind.
Pal. C
286

7. Rom. C
286/1

<366190756500016

Bayer. Staatsbibliothek

Jus Civ.

2

HANDBUCH

DES

CIVILRECHTS

VON

D. FRANZ SCHOEMAN.

ERSTER BAND.

Giesen und Wetzlar 1806.

bei Taschè und Müller.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Nach meiner Rückkunft von Göttingen ersuchten mich mehrere junge Männer, sie durch den Vortrag der Institutionen nach Waldeck zum academischen Cursus vorzubereiten — ich übernahm diese Function, welche jedoch ihrem Zwecke nicht anders entsprechen konnte, als vermittelst der Verbindung eines beinahe gleichzeitigen Vortrages der Geschichte des römischen Rechtes nach Hugo: worauf späterhin noch eine Vorlesung über das System des Pandectenrechtes von Thibaut folgte.

Meine früheren Zweifel über so manche Rechtslehren verstärkten sich bei diesem wiederholten Studium, und bewogen mich zum Entwurfe eines neuen Commentares über die Institutionen. Die Durchsicht desselben hatte Herr Oberappellationsrath und Professor D. Grolman vor drei Jahren die Güte zu übernehmen, verband aber mit einem für mich schmeichelhaften Urteile den freundschaftlichen Rath, die Form eines Commentars zu verlassen, und Statt dessen meine Bearbeitungen in einzelnen Abhandlungen zu liefern. Bei einer mündlichen Unterredung fällte der allgemein verehrte Herr Oberappellationsrath von Almendingen, dem ich überhaupt so manche wichtige Belehrungen verdanke, dasselbe Urteil. Dankbar nahm ich den Rath dieser verdienstvollen Gelehrten an, und mit dem Gedanken, durch tausend ehrenlose unnütze Wiederholungen den Raum für vielerlei berichtigende Ausführungen beschränken zu müssen, verschwand die Idee eines Commentars in mir vollends.

Unsere ganze Jurisprudenz ist rein positiv — Exegese der gegebenen Gesetze ist demnach die Grundlage einer jeden Bearbeitung, welche auf bleibenden Werth Anspruch macht: auf selbst erfundene Prämissen wird nur etwa ein äusserlich glänzendes Gebäude gegründet, welches die trockenen Worte eines einzigen würklich geltenden Gesetzes in nutzlose Trümmer zerschlagen. Aber, wie die Vernunft alle positive Gesetze erzeugt, so kann auch sie nur die Erklärerin ihrer Bilder seyn, welche dem Richter durch die Sprache vom Staatsrepräsentanten vorgezeichnet wurden. — Ohne Philosophie kann also Exegese nicht gedacht werden, ohne jene muſs diese nothwendig als todtes Wesen erscheinen; und dasselbe Verhältniſs ist auch umgekehrt — — nur der Philosoph ist Bearbeiter, Exegese ist sein unentbehrliches Mittel, gegebene Gesetze sind seine Grenze, die er nicht verrücken darf. Von diesem Grundsatze geht der Plan des Handbuches aus, so strenge, daſs auf Doctrinal-Auctoritäten durchaus nichts gebaut ist.

Der allgemeine Gebrauch des Commentars von Höpfner, so wie die Einführung des Waldeckschen Institutionencompendiums auf mehreren berühmten Universitäten veranlaſsten mich diese Werke bei meinen Bearbeitungen vorzüglich zu berücksichtigen.

Gründlichen Recensionen, so wie einer jeden Belehrung sehe ich übrigens mit Verlangen entgegen.

Geschrieben Wetzlar am
12ten Octob. 1805.

Der Verfasser.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Erörterung der Regel: lex posterior derogat priori *und deren Modificationen, mit Anwendung auf einige Controversen.*

Versteht man unter *lex* geltendes Recht zur Zeit der Promulgation, wie dann dieser Begriff der eigentliche würklich ist; so läfst sich selbst gegen den wörtlichen Ausdruck: *lex posterior derogat priori* als solchen nichts erinnern; und man drückte sich zeither ganz richtig aus, wenn man sagte:

I. die Novellen derogiren allen übrigen Rechtssammlungen;

II. die jüngeren Novellen derogiren den älteren —

denn bekanntlich liefs Justinian eine jede seiner Novellen einzeln publiciren, und der Umstand, dafs in neueren Zeiten daraus eine Sammlung geschaffen wurde, hat hierin nichts geändert. Die gesetzgebende Gewalt in Teutschland recipirte sie als Justinianeische Novellen nach ihrer ursprünglichen Form, nicht nach einem eigenen Verhältnisse der Sammlung als solcher; diese selbst rührt nicht vom Gesetzgeber her, sie dient nur zum Denkmale einzelner darin gegebener oder hergestellter historischen Daten.

Wie aber, wenn ein Gesetzgeber Sammlungen älterer Rechtssätze compiliren läfst, und diese in ihrer neuen Form zur nämlichen Zeit sämmtlich publicirt? Könnte dann auch dabei auf allenfallsige Collisionsfälle die gedachte Regel: *lex posterior derogat priori* angewendet werden? Ich wenigstens mufs gestehen, dafs ich diesen Ausdruck alsdann überall für höchstunpassend achte, einerlei, ob mehrere Stellen derselben

Sammlung, oder Stellen der verschiedenen Sammlungen miteinander collidiren, indem es alsdann keineswegs die Absicht der sanktionirenden Gesetzgebung seyn kann, die mit der jüngeren collidirende ältere Stelle als geltendes Recht in die eine oder diverse Rechtssammlung einzutragen. Darum müfste für Collisionsfälle der Codexstellen untereinander die Regel gelten,

III. dafs die ältere Stelle des Codex der jüngeren als antiquarisches Recht weichen mufs.

Eben dieses wäre auch zu behaupten

IV. von einer aus einem älteren Juristen entnommenen Pandecten- oder Institutionenstelle im Verhältnisse zu einer ihr entgegenstehenden aus einem neueren Juristen entnommenen Stelle derselben Sammlung.

Ganz anders urtheilt Thibaut *): Widerstreiten sich, sagt er a. a. O., die einzelnen Theile der Institutionen, der Pandecten oder des Codex untereinander, so giebt es für den Juristen kein Prinzip, wonach der Vorrang eines derselben bestimmt werden könnte. — Entscheidende ausdrückliche Gesetze hierüber hat Thibaut nicht gefunden, die von ihm angeführten *constitutio tanta circa de concept. digest.* §. 13., die ohnehin nicht glossirte Nov. 158. und *l.* 12. §. 1. *cod. de legibus* sagen wenigstens etwas ganz anders. . . . Würde freilich eine Sammlung ganz neuer Gesetze auf einmal vom Gesetzgeber veranstaltet und publicirt, so wäre

---

*) System des Pandectenrechtes. Jena 1803. §. 29. Waldeck hat sich nirgends hierüber erklärt. Hoepfner (§. 16. n. 3.) zweifelt, ob die contraire jüngere Pandecten- oder Codexstelle das neuere Recht jedesmal darstelle! Sonderbar — Was dann sonst?

begreiflich in Fällen des Widerstreits dieser Gesetze für den Juristen als solchen — als Philosoph mag er das seiner Einsicht nach vernünftigere Gesetz vorziehen — kein Entscheidungsprincip übrig, die eine Stelle wäre eben sowohl geltendes Recht wie die andere und als solches publicirt; keine hätte also vor der andern einen practischen Vorzug: aber in Ansehung unserer Institutionen, Pandecten und Codex ist es nicht so. Die Natur einer guten Gesetzgebung überhaupt, insonders die Geschichte und der Zweck der Justinianeischen Sammlungen in Verbindung mit deutlichen Gesetzen sollen uns belehren, wenigstens auf festgegründete Vermuthungen führen, welche juristische Gewifsheit machen, und nur durch einen höchststringenten Gegenbeweifs, welcher inzwischen hier gewifs unmöglich ist, niedergeschlagen werden können.

Es ist eine allgemein anerkannte und besonders in den besseren Schriften unserer

Ganz anders urtheilt Thibaut *): Widerstreiten sich, sagt er a. a. O., die einzelnen Theile der Institutionen, der Pandecten oder des Codex untereinander, so giebt es für den Juristen kein Prinzip, wonach der Vorrang eines derselben bestimmt werden könnte. — Entscheidende ausdrückliche Gesetze hierüber hat Thibaut nicht gefunden, die von ihm angeführten *constitutio tanta circa de concept. digest.* §. 13., die ohnehin nicht glossirte Nov. 158. und *l.* 12. §. 1. *cod. de legibus* sagen wenigstens etwas ganz anders. . . . Würde freilich eine Sammlung ganz neuer Gesetze auf einmal vom Gesetzgeber veranstaltet und publicirt, so wäre

---

*) System des Pandectenrechtes. Jena 1803. §. 29. Waldeck hat sich nirgends hierüber erklärt. Hoepfner (§. 16. n. 3.) zweifelt, ob die contraire jüngere Pandecten- oder Codexstelle das neuere Recht jedesmal darstelle! Sonderbar — Was dann sonst?

begreiflich in Fällen des Widerstreits dieser Gesetze für den Juristen als solchen — als Philosoph mag er das seiner Einsicht nach vernünftigere Gesetz vorziehen — kein Entscheidungsprincip übrig, die eine Stelle wäre eben sowohl geltendes Recht wie die andere und als solches publicirt; keine hätte also vor der andern einen practischen Vorzug: aber in Ansehung unserer Institutionen, Pandecten und Codex ist es nicht so. Die Natur einer guten Gesetzgebung überhaupt, insonders die Geschichte und der Zweck der Justinianeischen Sammlungen in Verbindung mit deutlichen Gesetzen sollen uns belehren, wenigstens auf festgegründete Vermuthungen führen, welche juristische Gewifsheit machen, und nur durch einen höchststringenten Gegenbeweifs, welcher inzwischen hier gewifs unmöglich ist, niedergeschlagen werden können.

Es ist eine allgemein anerkannte und besonders in den besseren Schriften unserer

Zeit *) erläuterte Wahrheit, dafs eine vernünftige Gesetzgebung nicht ewig bey ihren früheren Vorschriften ausschliefslich stehen bleiben darf. Sie soll vorzüglich nach dem veränderten Nationalgeiste und dem Grade der Kultur des Volkes verändert und so oft verändert erscheinen, als der Gesetzgeber nach den veränderten inneren oder äusseren Verhältnissen des Staates und der Staatsglieder dieses Veränderungsbedürfnifs wahrnimmt — es liegt ja auch hierin keinesweges ein Geständnifs, dafs vorhin das Unrecht geherrscht habe; — denn die Gesetze sind immer den Umständen anpassend — gerecht. Und wären es auch andere Beziehungen, z. B. Verhütung prozessualischen Streites über

---

*) Unter andern gehören hierher Bohonovsky: von dem Rechte des Regenten, Gesetze über bürgerliche Rechtsverhältnisse abzuändern etc. Landshut 1803. Nibler: der Staat aus dem Organismus des Universums entwickelt. Landshut 1805.

dunkele Ausdrücke contrahirender Theile, Vielsinn der gesetzlichen Sprache, bessere Einfachheit der Rechtsgeschäfte, Abschneidung denkbarer Chicanen, möglichste Gleichstellung der Privaten untereinander etc. — immer müfsten alle Umstände der Art den Gesetzgeber an seine heiligste Pflicht, das Wohl des Staates durch Verbesserung des Rechtes mittelbar zu befördern, ohne Unterlafs erinnern. . . .

Wie häufig waren nun eben im römischen Rechte nicht die Veränderungen im Ganzen und im Einzelnen bis auf das unbedeutendste Detail? Die dreimalige totale Umwälzung der römischen Staatsverfassung und alle andere oben aufgeführte Beziehungen hatten immer neue Sanctionen und Gewohnheiten in Staats- und Privatsachen *) zur Folge.

---

*) Wem fallen hierbei nicht die vielerlei Entscheidungen *ex aequo et bono* ein, wodurch die Interpretation bessere Sanctionen einzuführen versuchte!

Meistentheils wurden indessen die neuen Verordnungen auf die älteren gegründet, sie bezogen sich darauf in ihren Zusätzen und Weglassungen, überhaupt wenigstens auf die einmal geschaffene Natur der älteren Institute, und Justinians Gesetzgebung ist nichts weniger als ganz neu oder totalrevolutionair; sie ist blos Compilation des älteren Rechtes in gedrängter Kürze, nur mit eigenen Verordnungen des Kaisers vermehrt; dabey ist sie gröfstentheils System und Anleitung zur Erlernung des positiven Rechtes. — — Nichts natürlicher und nöthiger zur zweckmäfsigen Anlegung eines solchen Werkes war mithin, als die historische Darstellung des alten Rechts, in so ferne dasselbe auf die neuen Verordnungen Einfluſs hatte, wie uns der Kaiser selbst diese seine Absicht an verschiedenen Orten bewährt *). Ueberdies

---

*) pr. Inst. §. 5. 6. „igitur post libros quinquaginta digestorum seu pandectarum (*in qui-*

aber befiehlt er auf jeden Fall ausdrücklich, keinen Widerspruch zu statuiren, sondern vorzüglich nach dem aufgefundenen Alter der Gesetze zu entscheiden *). Aeltere

---

bus omne jus antiquum collectum est) in quatuor libros institutiones partiri jussimus — in quibus breviter expositum est, *et quod antea obtinebat*, et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est . . . I. 2. fr. 1. „certe cujusque rei potissima pars principium est: quanto magis interpretationem promittentibus inconveniens erit, omissis initiis atque origine non repetita, atque illotis, ut ita dixerim, manibus, protinus materiam interpretationis tractare: namque *istae praefationes*, cum venerimus ad lectionem propositae materiae, *evidentiorem praestant intellectum*. . . . So ganz unbedeutend ist die sorgfältige Bestimmung des Alters fast einer jeden Stelle im Codex und den Pandecten doch auch nicht.

*) Const. tanta circa de confirm. digest. §. 15. „Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit: *sed est aliquid novum inventum*, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissol-

Gesetze des Codex und eben so aus älteren Juristen entnommene Stellen der Pandecten und Institutionen, welche mit jüngeren Stellen derselben Sammlung im Widerstreite stehen, sind demnach nicht als wirklich geltende Gesetze, sondern nur als Monumente des älteren Rechtes zur leichteren Verständlichkeit des neuen in die erwähnten Sammlungen von Justinian aufgenommen, oder auch etwa aus Versehen der Compilanten eingetragen worden: so lange es aber unerwiesen bleibt, noch auch vermuthet werden darf, dafs Justinian sich selbst in dergleichen Fällen unbewufsterweifse widerspro-

---

vit. — Constit. summa reipublicae de Justinianeo codice confirmando §. 1. „*tollendis contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt* — Const. cordi nobis de emend. cod. Justin. §. 3. „nulla nec *diversa* nec *inusitata* constitutione relicta. “

baut's gewifs keinen Beifall. . . *) Im besseren Geiste stellte doch eben dieser Gelehrte über Collisionsfälle des Codex und der Pandecten untereinander weit richtiger

V. die Regel auf:

„Wenn der Wortverstand des Codex „dem Wortverstande der Pandecten wi„derstreite, so seyen die Stellen dieser „letzteren nicht für derogirt, sondern „für antiquarisches Recht zu ach„ten. **) " —

---

*) Der Ausdruck: *una omnibus auctoritate indulta*, welcher in §. 10. Const. cit. vorkömmt, heifst nichts anders, als dieses: Eines jeden, auch minder bedeutenden Juristen Sentenz, welche den Pandecten einverleibt wäre, sollte gegen die nicht excerpirte Behauptung eines etwa sonst bedeutenderen Mannes unbedingt siegen, und als Justinians Satzung den Vorzug haben. Dies zeigen die folgenden Worte auch ganz deutlich. S. auch *l.* 1. §. 5. *l.* 2. §. 10. *l.* 3. §. 10. *C. de vet. j. enucl.*

**) Vergl. dessen Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. S. 175. 176.

Ganz richtig ist indessen diese Regel noch nicht. Die meisten Verordnungen des Codex waren zwar schon im Jahre 529 nach Christus, lange vor den Pandecten, in ihrer jetzigen Tendenz gegeben und publicirt, auch wurden manche noch während der Verfertigung der Pandecten erlassen: keine diesen widerstreitende Stelle der Pandecten konnte mithin als geltendes Recht nach Justinian's Absicht in die Pandectensammlung eingetragen werden: aber der vollständige neue Codex, welcher sich in unserem Corpus juris befindet, wurde beynahe um ein volles Jahr später als die Pandecten bekannt gemacht, uud darum ist es keinem Zweifel unterworfen, dafs diejenigen Stellen desselben, welche in diesem Jahre (534) von Justinian erlassen wurden, entgegenstehenden Pandectenstellen wahrhaft derogiren, da diese wirklich als geltendes Recht früher in die Pandecten aufgenommen wurden. Unter dergleichen derogirenden Codexgesetzen vom

Jahre Christi 534. zeichnen sich vorzüglich aus

Cod. VI. 58. const. 15. in Betreff der Uterinensuccession etc. und

Cod. VI. 23. const. 31. in Betreff des Testamentsprivilegium der Landleute,

welche aber nicht dis einzigen Stellen der Art sind.

Es ergiebt sich hieraus, dafs in Ansehung der Frage: ob ein Gesetz des Codex einem entgegenstehenden Gesetze der Institutionen und Pandecten eigentlich derogire? das Zeitalter, in welches das erstere fällt, ob es nämlich vor oder nach der Bestätigung der Institutionen und Pandecten erlassen wurde? berücksichtigt werden mufs. So viel endlich

VI. die Collisionsfälle der Institutionen und Pandecten untereinander betrifft, so zeigt sich in jenen jedesmal entweder ein Fehler des Auszuges oder eine absichtliche Veränderung;-

im ersten Falle gehen die Pandecten als Original den Institutionen als Excerpten, im letztern hingegen die Institutionen den Pandecten vor. Da sich ausser dieser Contradistinction kein dritter Fall vernünftigerweise denken läfst, so kann das: *neutrae alteris derogant*, welches Waldeck *) noch hinzusetzt, nichts gelten.

Hiernach gab man von jeher der Lex 7. §. 7. *D. de adquirendo rerum dominio*, worinn das Getraidedreschen nicht zu den Specificationen gerechnet **) und dem Herrn des Getraides die ausgedroschene Frucht als Eigenthum zugesprochen wird, den Vorzug vor §. 25. *instit. de rerum divisione* — wahr-

---

*) Comp. instit. §. 17.

**) Specificando ex materia *nova species* fit; sed qui spicas excutit, non novam speciem efficit; potius, quae jam est, detegit, sagt der Pandectentext, wie es der Natur der Sache gewifs vollkommen gemäfs ist.

scheinlich hatten die Institutionen-Compilatoren den Schlufs des Pandectentextes zur Zeit, als sie den Institutionentext niederschrieben, nicht, oder nicht genau, gelesen. —

Vernünftigerweise hätte man aber eben so in Ansehung der Bestimmung:

„ob Kleider zu den *res non fungibiles*
„, oder zu den *fungibiles* gehören, ob
„, sie daher ein Gegenstand des wahren
„, oder Quasi-Geniefsbrauches sind ?“

verfahren, und die Pandecten den Institutionen ohne Bedenken vorziehen gesollt. Es ist dieses bekanntlich kein unbedeutender Schulstreit, sondern eine Frage von Consequenz. Rechnet man die Kleider zu den fungibelen Sachen, und demnach zu den Gegenständen des QuasiGeniefsbrauches, so mufs sie der Usufructuar oder dessen Erbe nach Beendigung des Geniesbrauches so restituiren, wie sie zur Anfangszeit desselben waren, entweder also noch unversehrt in Natur, oder an-

dere von ganz gleichem Gehalt und Güte, oder, sollte beydes nicht geschehen können, im wahren Werthe, den sie zu jener Zeit hatten. — Zählt man sie hingegen zu den nicht fungibelen Sachen, sind sie hiernach ein Gegenstand des wahren Genieſsbrauches, so braucht sie der Usufructuar oder dessen Erbe einst nur so, wie sie durch ordnungsmäſsige Abnutzung geworden sind, vielleicht also in übergebliebenen Lumpen, zu restituiren. . . Wenn man nicht die Natur der Sache umkehren, und vor mehreren deutlichen Gesetzen, welche derselben vollkommen entsprechen, einer einzigen dem gesunden Menschensinne ganz entgegengesetzten Stelle den Vorzug einräumen kann, so läſst sich wohl die Richtigkeit der letzteren Meinung nicht bezweifeln. Eben diesem Grundsatze zu Folge würde dann der Kleiderusufructuar auch nicht Eigenthümer derselben werden, und nicht für den Casus haften, welcher sich an denselben allenfalls

ereignet, — welches alles beym Quasiusus-fructus ganz anders ist *). . .

Vernünftige Entwickelung des Unterschiedes zwischen fungibelen und nicht fungibelen Sachen sey der Standpunct, von welchem wir ausgehen wollen. Wenn nach der Meynung Vieler diejenigen Sachen fungibel sind, welche durch den Gebrauch, wozu sie bestimmt sind, entweder gleich, oder doch nach und nach aufgezehrt werden; so fällt es meines Erachtens in die Augen, dafs dieser Begriff auf kein reines Resultat führt: denn alle mögliche körperliche Sachen sind von Natur so beschaffen, dafs sie über kurz oder lang sowohl durch blofses Alter, als auch durch menschlichen oder anderer Wesen Gebrauch allmählich verzehrt werden. Nach diesem Begriffe wären alle körperliche Sachen fungibel; die längere oder kürzere

---

*) L. 7. D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.

Zeitdauer ihrer Existenz ist ein äusserst zufälliges Merkmal, sie hängt zumal noch von einem andern eben so zufälligen Umstande, dem relativ stärkeren oder minder starken Gebrauche, ab; — solche Zufälligkeiten können einen juristischen Begriff nicht bilden, in solche Merkmale darf sich ein juristischer Begriff, wenn er practisch seyn soll, nicht auflösen. Das wesentliche Merkmal, worauf nur allein der Begriff von fungibelen und nicht fungibelen Sachen gebaut werden kann, wird vielmehr absolut und ausschliefslich durch den Unterschied erkennbar:

„ob eine Sache durch den Gebrauch,
„wozu sie vernünftigerweise ganz oder
„zum Theile bestimmt ist, sogleich
„und auf einmal ganz oder zu dem
„bestimmten Theile aufgezehrt wird,
„oder nicht?“ *)

---

*) Dies zur näheren Bestimmung der Begriffe Waldeck's §. 225. und Höpfner's §. 374.

Unstreitig müssen daher Geld, Eſs- und Trinkwaaren zu den fungibelen Dingen gerechnet werden, denn durch den einmaligen Gebrauch, wozu sie vernünftigerweise bestimmt sind, werden sie auch zugleich verbraucht, das Geld wird ausgegeben, die Eſs- und Trinkwaaren werden gegessen und getrunken — ohne diese gleichzeitige Consumtion können sie gar nicht ihrer Gebrauchsbestimmung nach gebraucht werden — — aber eben so unstreitig stehen Häuser, Pferde, Tische, Kleider etc. unter der Kathegorie nicht fungibeler Dinge, und theilen deren rechtliche Verhältnisse.

Anders konnte wohl auch ein Mann, wie Ulpian, nicht denken — sämmtliche Fragmente von ihm über diesen Gegenstand lassen uns schon in den simplen Ausdrücken *usus* und *ususfructus vestimentorum* die Idee des grofsen Juristen ahnen — nirgends sagt er in Betreff der Kleider: *quasi ususfructus*, welcher zwar schon zu seiner Zeit galt, aber

allerdings von der ursprünglichen Natur des Ususfructes eine wahre Ausnahme ist, die durch bestimmte Ausdrücke für den Interpreten erkennbar gemacht werden muſs. Die Quelle des Streites ist

l. 15. §. 4. D. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur:* „*si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur.*“ Die Worte: *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, erkläre ich für das Kleiderususfructvermächtniſs ohne besonderen Zusatz der Fungibilität — — Schott *) erklärt sie für ein solches Vermächtniſs

---

*) Progr. de rebus quae functionem recipiunt und dissert. de usufructu vestimentorum. Höpfner im Commentar Tit. de usufructu neigt sich der Theorie nach auf Schott's Seite, doch gefällt ihm zugleich die anders lehrende Praxis.

mit dem besonderen Zusatze der Nichtfungibilität.

Welche dieser Meinungen die richtigere sey, soll Ulpian selbst entscheiden, wenn er in einigen anderen Stellen ohne Vergleichung mit dem Quantitätenususfruct vom Kleidergenieſsbrauche redet: Vorzüglich gehört hierher

l. 9. in f. D. usufructuarius quemadmodum caveat „si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit.“

Der Quasiususfructus leidet nicht die Restitution des durch den Gebrauch verschlechterten Nieſsbrauchobjectes — im Gegentheile ist dieſs eine Folge der Natur des wahren Genieſsbrauches; sie soll aber nach Ulpian auch Folge des (vermachten) Kleiderususfructus seyn, selbst unerachtet einer zwi-

schen Erben und Vermächtnifsnehmer geschlossenen Verabredung: *vestem reddi.* Bestimmter konnte Ulpian nicht erklären, dafs er dieselben Rechtsgrundsätze vom Kleidergenieſsbrauche, wie vom wahren Ususfructe an nichtfungibelen Sachen statuirte, vorausgesetzt, dafs der Besteller des Genieſsbrauches an Kleidern nichts besonderes darüber bestimmt hat.

Hierzu kommt noch desselben Ulpian's Zeugniſs in

l. 5. §. 5. *in f.* D. *commodati vel contra:*

„*qui equo vel vestimento aliter, quam*
„*commodatum est, utitur; furti tene-*
„*tur.*“

Regel ist es wenigstens, dafs nur nichtfungibele Sachen Gegenstände des Commodates seyn können. — Von einem Zusatze aber, dafs das commodirte Kleid als nichtfungibel commodirt wurde, enthält diese Stelle keine Sylbe.

Zwar sind die Kleider in §. 2. *Instit. de usufructu* ganz deutlich und geradezu fungibele Sachen genannt: aber wahrhaftig aus dieser seelenlosen Bestimmung, welche wir in dem angeführten Institutionentexte finden, spricht der Geist einer absichtlichen Verbesserung der Pandectentexte nicht an — der Rechtsphilosoph kann den Institutionencompilatoren hierüber kein anderes Compliment machen, als das: *quandoque bonus dormitat Homerus*: bald darauf werden sie selbst wieder anderen Sinnes, da sie nämlich in §. 5. *Instit. de locat. conduct.* („*qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit etc.*) den Kleidergebrauch mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender Thiere in ganz gleiches Verhältnifs setzen, und geradezu diese dreyerlei Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des Miethcontractes anerkennen, welcher doch seiner Natur nach nur an nichtfungibelen Sachen Statt haben kann. . . Zum Überflusse

also auch noch, in den Institutionen eine Stelle, welche der vernünftigeren Behauptung entspricht.

Etwas gewissenhafter, aber eben so irrig wie Schott, glaubte endlich die leidige Praxis, der Verlegenheit durch den Unterschied zwischen

Alltags- und Feyerkleidern

ein Ende zu machen. — Alltagskleider sollen hiernach im Quasi, Feyerkleider im wahren Genieſsbrauche seyn. Abgesehen davon, daſs dieser Unterschied einer vernünftigen Hermenevtik ganz zuwider ist — wie höchstschwankend und unsicher ist er nicht auch? Er soll sich doch wohl auf die öfters oder seltener vorfallenden Gelegenheiten des Gebrauches beziehen! Welche Tage sind dann nun die Feyertage, an welchen allein dem Usufructuar dergleichen Feyerkleider zu tragen erlaubt ist? Sind es wohl allein die jährigen Osterfesttage, oder etwa auch alle wö-

chentliche Festtage, Namens - Geburts- und überhaupt die sogenannten Visitentage? Und welche Kleider gehören dann unter die Kathegorie der schönen Feyerkleider? . . . . Sollte dieses alles der Erblasser, welcher Jemand den Kleiderususfruct legirt hat, deutlich bestimmt haben, so wäre sich allerdings hiernach zu richten: im Mangel einer solchen Bestimmung des Erblassers aber scheinen mir die beyden aufgestellten Probleme für die Vertheidiger des practischen Unterschiedes zwischen Alltags - und Feyerkleidern unauflöslich.

Ich schliefse diese Abhandlung mit der Beantwortung der Frage:

Überträgt die Anlöthung so wie die Ausschweissung das Eigenthum des angelötheten Stückes auf den Eigenthümer der Hauptsache?

In dem Institutionentitel *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* wird nichts davon erwähnt — vielleicht ist dies die Ursache, warum gewöhnlich die Institutionencompendien hierüber schweigen. Aber in der That sind die Fragmente der alten Juristen in dieser Hinsicht verschieden. *Pomponius l.* 27. *D. de adquirendo rerum dominio*, entscheidet bejahend: *si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, non dubitatur, scyphum tuum esse et a te recte vindicari.* Ganz anders *Paullus l.* 23. §. 5. D. *de rei vindicatione*: „*Dicit Cassius, si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi, et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.*“

Da Pomponius fast um hundert Jahre früher als Paullus lebte, so läfst sich eine Veränderung des Rechtssatzes in der Zwischenzeit nicht verkennen, und der verneinenden Antwort von Paullus der Vorzug nicht bezweifeln.

II.

Revision der Lehre vom Gewohnheitsrecht.

So practisch wichtig die Theorie des Gewohnheitsrechts ist, so wenig sind die Rechtsgelehrten über dessen Begriff und Erfordernisse zu vereinbaren — die Stellen des römischen Rechtes in den Institutionen, Pandecten und Codex wurden von jedem angesehenen Juristen anders erklärt, und jeder gewann sich seine Anhänger — — Ob die Zustimmung des Gesetzgebers überhaupt und überall dazu nöthig sey? wie diese gesetzgeberische Zustimmung allenfalls äusserlich erklärt werden könne? darüber ist des Streitens noch kein Ende; und die wichtige Frage: ob eine einem geschriebenen Gesetze zuwiderlaufende Gewohnheit zu Recht bestehe?

wurde in einem lange alleinherrschenden Systeme bejahend entschieden. Neuere Rechtsphilosophen fühlten die Blösen der älteren Lehren; theils schuf man von Grund aus neue Ideen, theils behielt man die älteren unter mancherlei Modificationen bey. . . Folgende vier Systeme zeichnen sich besonders aus:

I.) Höpfner *), Glück **) und Waldeck ***) erfordern durchaus die Zustimmung der Gesetzgebung, nehmen eine Gewohnheit, welche einem früheren geschriebenen Gesetze entgegen ist, unbedingt an, legen ihr demnach auch die Kraft, das geschriebene Gesetz aufzuheben, bey. In Bestimmung der Art hingegen, wie die Zustim-

---

*) Theoretisch-pract. Commentar über die Institutionen §. 58. und der daselbst Note 12. angeführte Gerhard von dem Busch.

**) Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, S. 437 folg. und der daselbst angeführte Kemmerich.

***) in institutionibus juris civilis §. 30.

mung der Gesetzgebung äusserlich zu erklären sey, trennen sie sich sehr. Höpfner und Glück stellen einen vierfachen Consens auf:

a) einen *consensus specialis expressus* — wenn nämlich der Gesetzgeber von einer einzelnen Gewohnheit wisse, und dieselbe öffentlich ausdrücklich genehmige — ein solcher Consens, sagen sie und zwar gewifs mit Recht, bilde eine *lex scripta.* Zwar haben einige neuere Rechtsgelehrten affectirt, dem Ausspruche eines Gesetzgebers: „„ Sollte diefs oder jenes an dem Orte A. als hergebrachtes Gewohnheitsrecht erwiesen werden, so soll es für die Ortseingesessene auch inskünftige dabey verbleiben“ “ den Verwandlungscharakter abzusprechen, aber ganz mit Unrecht — nur darin liegt nämlich ein Unterschied zwischen den bemerkten Aussprüchen, dafs der erstere unbedingt, der letz-

terè bedingt die Gewohnheit in ein geschriebenes Gesetz verwandelt.

b) einen *consensus specialis tacitus* — wenn der Gesetzgeber von einer einzelnen in seinem Lande aufgekommenen Gewohnheit wisse, und dieselbe stillschweigend genehmige — diese Consensart mache ein wahres Gewohnheitsrecht aus. Nebstdem finden sie

c) in einem *consensus generalis tacitus*, „wenn nämlich der Gesetzgeber wisse, dafs in seinem Lande überhaupt nach hergebrachten guten Gewohnheiten von den Richtern gesprochen werde und dazu schweige“ den Grund der gesetzlichen Kraft aller Landesgewohnheiten; nur, setzt Hr. Glück hinzu, könne man heutzutage darauf nicht so sehr und zuverlässig bauen, wie einst im römischen Staate, indem bekanntlich unsere heutigen Landesherrn sich nicht so genau, wie einst die römischen Re-

genten, um dergleichen Verhältnisse in Privatsachen bekümmerten. Endlich soll

d) der in der allgemeinen Verordnung eines Landesherrn

„ güte Gebräuche und Gewohnheiten „ sollen im Lande wie Gesetze beob- „ achtet werden, “

niedergelegte *consensus generalis expressus* alle Gebräuche im Lande, selbst wenn der Gesetzgeber von denselben einzeln betrachtet gar nichts wisse (cap. 1. de constitut. in 6to), zu Gewohnheitsrechten stempeln. . .

Waldeck legt die in dem *corpus juris* enthaltenen Gesetze

„ welche einer Gewohnheit Gesetzeskraft „ zusprechen, “

zum Grunde, erkennt darin eine schon längst durch Teutschlands Gesetzgebung recipirte ausdrückliche allgemeine Vorschrift für alle Particularstaaten, und erklärt eine jede der

erwähnten Consensarten für die Erhebung einzelner Gebräuche zu Gewohnheitsrechten bey uns für überflüfsig — darum sagt er hierüber am angeführten Orte: *consuetudo vim legis scriptae habet ex consensu imperantis, qui generaliter declaratus est legibus, justae consuetudini hanc efficaciam tribuentibus* (l. 2, Cod. quae sit longa consuetudo).

II.) Von ganz anderen Gesichtspuncten geht der philosophische Grolman aus *); dieser nimmt Gewohnheit gar nicht für Gesetz, sondern für den Beweifs eines zwischen den Gemeinheitsgliedern einst eingetretenen vertragsmäfsigen Verhältnisses über eine gewisse Handlungsmaxime:

„Was nicht unmittelbar aus den Gesetzen „des Staates und der Analogie der Ge„setzgebung zu fliefsen scheint, sagt er

*) Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung Band I. Heft II. Nr. V.

„a. a. O., das muſs durch den Beweiſs
„eines Factums, welches nach den Ge-
„setzen selbst die Kraft haben kann, eine
„Rechtsregel unter gewissen Interessenten
„zu begründen, gerechtfertigt werden
„können. Dieses Factum kann aber kei-
„neswegs dadurch dargethan werden,
„daſs man blos beweiſst, die Mitglieder
„einer Gemeinheit z. B. hätten in vor-
„kommenden Fällen immer nach einer ge-
„wissen Regel gehandelt: denn wenn auch
„Alle so handelten bis auf Einen, wie
„kann darum dieser Eine wider seinen
„Willen angehalten werden, dasselbe zu
„thun, da es doch vernünftigerweise aus-
„ser den Gesetzen des Staates (in welche
„er ja auch gewilligt hat) für diesen
„nichts Bindendes geben kann, als was
„er durch seinen Willen sich aufgelegt
„hat?

„Setzet auch immerhin, alle Andern
„hätten darum bisher so gehandelt, weil

„sie in dem Glauben standen, dafs sie so
„zu handeln verbunden seyen; so ist es
„ja doch gewifs, dafs sie sich täuschten,
„sobald ihre Handlung nicht würklich
„nach den Gesetzen und der Rechtsana-
„logie als eine nothwendige betrachtet
„werden mufste — und wie sollte nun
„dieser ihre Täuschung den, welcher
„heller sieht als sie, binden können?
„Wollt ihr also diesen Einen dennoch
„für gebunden erklären, so müsset ihr
„beweisen, dafs auch er in die Aufnahme
„der Regel, nach welcher ihr ihn beur-
„theilt haben wollt, eingewilligt habe;
„ihr müsset beweisen, dafs diese Regel,
„durch einen ausdrücklichen oder still-
„schweigenden Vertrag der ganzen Ge-
„meinheit als Norm für die Handlungen
„der Gemeindeglieder festgesetzt worden
„sey; — nur dann könnt ihr euch der
„Erreichung eures Zweckes versichert
„halten.

„Dieser Beweis, fährt er fort, könne „auch durch den einer Gewohnheit ge„führt werden, nämlich durch den Be„weis, dafs man von langer Zeit her bey „vorkommenden Fällen stets nach der „Regel, welche als gewillkührte angeführt „wird, gehandelt habe, so leicht man auch „anders hätte handeln können; und wenn „dann der Richter dieses stete Handeln „nach derselben Regel anders nicht als „unter der Voraussetzung, dafs die Ge„meindeglieder diese Regel als Gesetz für „ihr Handeln bestimmt hätten, erklären „könne, so sey das Beweisthema er„schöpft.

„Aus dem Gesagten sey es aber klar, „dafs keine rechtliche Gewohnheit ge„dacht werden könne, wodurch etwas „eingeführt würde, was den absolut ge„bietenden oder verbietenden Gesetzen „des Staates entgegen wäre (*l. 2. Cod. „quae sit longa consuetudo*). Wenigstens

„müfste in diesem Falle specielle Wissen-
„schaft der gesetzgebenden Macht von
„dieser Gewohnheit bewiesen werden
„können, wodurch wir die Überzeugnng
„erlangen würden, dafs das gebieten-
„de oder verbietende Gesetz still-
„schweigend aufgehoben (?) und
„dadurch erst die Sache in die Lage ge-
„bracht worden sey, dafs der Gegenstand
„des angeführten Gewohnheitsrechtes als
„Gegenstand eines Vertrages betrachtet
„werden könnte.“

Übrigens erfordert Grolman bey allen Gewohnheiten, welche nicht einem Gesetze widerstreiten, keineswegs die Wissenschaft und Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt, sondern nur die allgemeine, in unserem römischen Gesetzbuche enthaltene, Vorschrift, dafs (wohlhergebrachte) Gewohnheiten wie Gesetze beobachtet werden sollen.

III.) Von diesen beiden Systemen ist das Guilleaumsche vorzüglich *) darin verschieden, dafs es auf den Unterschied zwischen demokratischer und monarchischer Staatsverfassung Rücksicht nimmt, dort den Willen des Volkes, hier aber auch die Zustimmung des Landesherren erfordert. Übrigens meint der Verfasser dieses Systems **), bei Gewohnheiten *praeter legem* d. h. über Fälle, deren rechtliche Bestimmung zur Zeit fehle, komme es auf die besondere Wissenschaft und Zustimmung des Fürsten so genau nicht an, es genüge hier, wenn der Fürst einer solchen Gewohnheit nur nicht widersprochen hätte, wäre auch die gegründete Vermuthung da, dafs eine solche Gewohnheit nie zu dessen Kenntnifs gekommen sey. In Betreff der Erklärungsform des lan-

---

*) Theoretisch-pract. Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit. Osnabrück 1801.

**) im angeführten Werke §. 25.

desherrlichen Consenses stimmt er ganz mit Waldeck überein *), und findet kein Bedenken, die Behauptung, dafs eine Gewohnheit nach Verordnung *legis* 32. §. 1. *in fine D. de legibus* und §. 11. *Instit. de jure natur. gent. et civili*, der *legis* 2. *Cod. quae sit longa consuetudo* unerachtet, ein früheres Gesetz aufhebe, zu unterschreiben. Sobald man diese Constantinische Satzung in nähere Erwägung ziehe; glaubt er nämlich §. 64., werde es auffallend einleuchtend, dafs sie keineswegs der Gewohnheit die Gewalt abspreche, ein früheres Gesetz zu verdrängen, sondern deren wahren Sinn lediglich dieser sey: die Gewohnheit an und für sich betrachtet (*sui momento*) könne das Gesetz nicht überwinden, d. h. die Gewohnheit sey nicht kräftiger in ihren Wirkungen als das Gesetz, ihr Ansehen nicht grösser, die aus derselben fliesenden Verbindlichkeiten und Befugnisse seyen nicht

---

*) im angeführten Werke §. 26.

dringender als jene; welche ein geschriebenes Gesetz zum Grunde hätten — diese Auslegung komme mit dem unbezweifelten Satze — die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach — überein; da nun die Gewohnheit, *sui momento*, mit dem Gesetze ähnliche Bindungskraft habe, so folge daraus, dafs sie aus eigenen Kräften das Gesetz nicht überwinden könne (?), sondern nur in Rücksicht der Zeit und des veränderten Willens des Gesetzgebers, welcher die Quelle aller bürgerlichen Verbindlichkeiten sey *). . .

---

*) Wer entdeckt nicht den Zirkel, welcher in dieser Darstellung enthalten ist? — Weit erträglicher erklärte Höpfner die streitige Stelle dahin — die Gewohnheit könne dem Landesherrn die Hände nicht binden, dieselbe durch ein nachheriges Gesetz wieder aufzuheben. — Freilich wird nun nach dieser Erklärung das angeführte Codexgesetz äusserst überflüssig, und wider alle Vermuthung der gedrängten Kürze des Titels unbedeutend. . .

IV.) Noch ein anderes System lese ich bei Thibaut *):

„Wenn die gemeine Meinung einer ge-
„wissen Classe von Personen eine Norm
„als verbindlich anerkenne, und sich als
„solche in Handlungen durch Befolgung
„der Norm äusserlich dargethan habe, so
„entstehe aus dieser geäusserten gemeinen
„Meinung nach allgemeinen gesetzlichen
„Vorschriften ein Gesetz für einen jeden,
„selbst anders Denkenden, welcher zu
„dieser Classe von Personen gehört. Ein
„solches Gewohnheitsrecht erfordere dem-
„nach zu seinem Wesen äussere Befol-
„gung einer Norm durch eine Mehrheit
„von Handlungen — etc. etc. — Die Ge-
„wohnheit dürfe aber weder der Sittlichkeit
„und Vernunft noch vorhandenen geschrie-

Ähnlich mit Guillaume interpretirt Weber im Höpfnerschen Commentar §. 58. Not. 15.

*) System des Pandectenrechtes §. 17. u. 18.

„ benen Gesetzen widerstreiten, wenn sie „ nicht vom Regenten besonders gebilligt „ sey, wie z. B. eine Volksgewohnheit in „ in reinen Democratieen; sie erfordere „ übrigens, um Gesetzeskraft zu haben, „ die besondere Zustimmung des Regenten „ nicht (ohne Grund werde hiergegen häufig angeführt *l.* 32. *D. de legibus*. . .

Die oben aufgestellten dreierlei Fragen sollen nun näher geprüft und aus dem positiven Rechte historisch-philosophisch beantwortet werden.

A.) Zu jeder Gewohnheit, sie sey von welcher Art sie wolle, wird die Wissenschaft und Zustimmung der gesetzgebenden Gewalt im Staate erfodert, denn Gewohnheit soll nach der Ansicht unseres positiven Rechtes Gesetz seyn und Gesetzeskraft haben *). —

*) L. 31. §. 1. D. de legib. l. 33. eod. l. 3. Cod.

Hierin stimme ich mit Waldeck, Höpfner und Glück gegen Grolman, Guilleaume nnd Thibaut überein. Ein Gesetz läfst sich ohne die Sanction der Staatsgewalt nicht denken. Schon in dieser Hinsicht ist begreiflich die democratische Verfassung von der landesherrlichen zu trennen — im democratischen Staate macht die Majorität der stimmenden oder handelnden Gemeindeglieder wahres Ge-

---

quae sit longa consuetudo. — Wie die Existenz eines Gesetzes Gegenstand der richterlichen Reflexion ist, ohne vom Geständnisse einer Parthey abhängig zu seyn; so verhält sich's auch mit dem Gewohnheitsrechte — — Welch sonderbarer Einfall von Guilleaume §. 89. und dem daselbst angeführten Thomas: wenn sich jemand auf eine Gewohnheit berufe, ohne dafs dieser Behauptung vom Gegner widersprochen werde, so müsse es nothwendig vermuthet werden, dafs es mit der angeführten Gewohnheit seine Richtigkeit habe, und aller Beweis falle hier natürlich weg!!!

setz; eben darum läfst sich hier allerdings auf ein vertragsmäfsiges wie auf ein gesetzgebendes Verbindlichkeitsverhältnifs das Gewohnheitsrecht mit Grunde reduciren, wenn nämlich so viele, eine gewisse als gewillkührte Regel (*opinio juris*) bestätigende Handlungen nach und nach vorgefallen sind, dafs der Richter auf Majorität der stillschweigend erklärten Stimmen vernünftig schiefsen kann. . . Wo hingegen die gesetzgebende Gewalt in den Händen eines Einzigen ist, da kann auch nicht weiter von einer anderen Quelle gesetzlicher Verbindlichkeiten die Rede seyn. Die Majorität der Gemeindeglieder kann hier nichts zum Gesetz machen; und ein stillschweigender Vertrag derselben, eine gewisse gewillkührte Regel zu befolgen, würde nicht ohne Zustimmung eines jeden einzelnen Gliedes als verbindlich für alle gedacht werden können. Würde übrigens der Beweis, dafs sie sämmtlich in die fragliche Regel aus-

drücklich oder stillschweigend eingewilligt hätten, hergestellt, so wäre freilich diese Regel für sie alle verbindlich, aber als Vertrag, nicht als Gewohnheitsrecht. Hier müfste also nothwendigerweise dem Richter die Wissenschaft des Regenten von einem solchen durch nach und nach vorgefallene, eine gewisse als gewillkührte Regel bestätigende, Handlungen der Unterthanen geschaffenen Gebrauch bewiesen werden, damit dieselbe als stillschweigend vom Gesetzgeber genehmigte Handlungsnorm und Verbindlichkeit für die Unterthanen, als Gewohnheitsrecht angesehen werden könnte.

Grolman *) und Thibaut leiten durchgängig die Kraft der Consuetudo

---

*) Dieser sagt: die ganze Gemeinheit müfste eingewilligt haben — ich glaube ihn recht erklärt zu haben, denn Gemeinheitsstatute werden ja auch durch die Stimmenmajorität für alle Gemeinheitsindivioven verbindlich.

aus einem blofsen stillschweigenden Vertrage des gröfsten Theiles der Gemeindeglieder ab — Es ist wahr, in Zunft - und anderen wahren Collegialsatzungen bestimmt die Majorität der Stimmen *); diefs ist auch absolut nothwendig, indem sonst der Zweck solcher Genossenschaften unmöglich erreicht werden könnte; allein Gesetze für alle Untetthanen zu machen bezieht sich auf ein ganz anderes Verhältnifs und ist in einem nichtdemocratischen Staate der Stimmenmajorität der Volksglieder allein keineswegs überlassen.

Wir wollen hierüber die positiven Gesetze beansichtigen:

L. 32. §. 1. D. de Legibus „inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, nam hoc est jus, quod dicitur mori-

---

*) Doch nicht ohne Zustimmung des Landesherrn in Handwerkssachen Reichsschl. von 1731. §. 1 — Für Verträge anderer Art ist sie nicht entscheidend.

bus constitutum. — Julian stellt uns hier die Mehrheit der Handlungen nicht als Beweis eines Vertrages, sondern als Wesenheit des Rechtes, als wahres Gewohnheits-Recht dar. Keineswegs wird hier eine aus einem einzigen Acte eines wahren Vertrages entstandene Verbindlichkeit zum Gesetze erhoben, sondern ein allmählig entstandener Gebrauch als solcher — — Warum? weil die gesetzgebende Gewalt ihren Wohlgefallen an ihm als einer Handlungsnorm durch die Frequenz ihrer darnach eingerichteten Handlungen stillschweigend geäussert hat — die Cives bildeten einst die Gesetzgebung in Rom, damals konnte dann freilich die Gesetzgebung einem stillschweigenden Vertrage der Bürger als gesetzgebender Gewalt (nicht als Unterthanen) sehr wohl verglichen werden, und schon Majorität nicht blos Unanimität wie bei einem wahren Vertrage, war verbindend für Alle und

Einen jeden — das ist es, was Hermogenian von den Zeiten des Freistaates sagt in *l.* 35. *D. de Legibus* „*ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.*“ Schon weit früher legte auch Ulpian den gesetzlichen Character der Consuetudo in der allmähligen Einführung eines Gebrauches nieder in *l.* 33. *D. eodem* „*diuturna consuetudo pro jure et lege in his quae non ex scripto descendunt, observari solent.**)“ So urtheilten Julian und Ulpian, sogar auch noch Hermogenian, von den in den Zeiten des Freistaates und vielleicht noch in den ersten hundert Jahren der Monarchie entstandenen Gewohnheitsrechten, denn bestimmt war bis dahin die gesetzge-

---

*) Schliefst Modestin unrichtig in *l.* 40. *D. eod.* „*ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo?*“

bende Gewalt in den Händen des Populus, wenn gleich der Princeps grofsen Einfluſs darauf haben mochte — Unterthanen waren die römischen cives damals nicht; nnd, wenn es historisch richtig ist, daſs nur noch etwa bis zum Ende des achten Jahrhunderts nach Erbauung der Stadt Rom eigentliche *leges* vom Populus gemacht wurden, so ist aus Julian's Fragment ganz unverkennbar, daſs selbst dieser, der doch lange vor Ulpian lebte, nicht von den zu seiner Zeit etwa eingeführten Gewohnheitsrechten, sondern von den in älteren Zeiten aufgekommenen, noch fortdauernd verbindlichen, verstanden seyn will — *nam cum ipsae leges* (gewiſs die lange vor ihm gemachten) *nulla alia ex caussa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret* (gewiſs nicht mehr zu Julians Zeiten) *an rebus ipsis et factis?*

Als Auszug hiervon erklärt sich §. 11. *Instit. de jure nat. gent. et civili* in diesem Sinne sehr leicht: *sine scripto jus venit, quod usus approbavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati* (dereinst) *legem imitantur.*“ Gewohnheit ist also Gesetz *) und wie ein Gesetz überhaupt fortdauernd verbindlich, so lange sie nicht wieder aufgehoben ist, Aber wenn der Richter sein Urtel auf den Beweis eines Gewohnheitsrechtes bauen will, so zeigt sich ein sehr practischer Unterschied zwischen alten und neuen Gewohnheitsrechten. Bezieht sich eine Parthey auf ein solches, welches unter einem schon mit Tode abgegangenen Landesherrn einst aufkam, und demnach von dessen Genehmigung abhieng, so mufs der Richter dieselbe nach rechtlichen Vermuthungen würdigen,

---

*) Hfr. Gönner weist daher der Lehre vom Gewohnheitsrecht in seinem Staatsrechte §. 292. den richtigsten Platz an, den sie im Systeme des Rechts einnehmen kann.

wie in den beyden folgenden Abschnitten gezeigt werden soll; das Postulat — dafs der Landesherr verpflichtet ist, einen ihm unzweckmäfsig scheinenden Gebrauch sogleich zu verbieten und einen solchen sogleich verbieten wird — mufs die Folgerung aus der Nichtexistenz eines landesherrlichen dereinstigen Verbotes verbürgen und die richterliche Entscheidung leiten. — Soll sich hingegen das bestrittene Gewohnheitsrecht unter dem noch jetzt lebenden Landesfürsten gebildet haben, so ist es unerlafsliche Pflicht des Richters, bei demselben darüber anzufragen, ob er jenen Gebrauch würklich genehmigt habe? denn Wahrscheinlichkeit oder Vermuthung mufs der Wahrheit nachstehen, wenn diese letztere eruirt werden kann.

B.) Wie mufs der Consens des Landesfürsten zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes beschaffen seyn?

Es ist würklich sehr auffallend, wie grofse Gelehrte auf den so sehr unlogischen *consensus generalis* gerathen konnten. Will man denselben als einen Inbegriff vieler Specialgenehmigungen ansehen, so ist er höchst überflufsig, indem eine jede einzelne vom Gesetzgeber ertheilte Approbation eines jeden einzelnen Gebrauches demselben gesetzliche Kraft giebt — sieht man hingegen den *consensus generalis* nicht als einen solchen Inbegriff an, so frage ich, was er denn sonst seyn solle? Soll er etwa, wie man gewöhnlich anführt, in dem Wissen des Landesherrn, dafs nach guten Gebräuchen und Gewohnheiten in den Landgerichten gesprochen wird, und seinem Schweigen dazu, liegen? Oder soll er sich in der generellen ausdrücklichen Verordnung des Fürsten: Gute Gebräuche und Gewohnheiten sollen in meinem Lande wie Gesetze beobachtet und darnach gesprochen werden — grünnden? —

Beide Angaben enthalten eine *petitio principii.* Wie oben gezeigt wurde, wird ja zur Herstellung eines Gewohnheitsrechtes in landesherrlich regierten Staaten die Wissenschaft und Genehmigung des Fürsten unumgänglich erfordert, so, dafs es ohne diese gar nicht denkbar ist; wie läfst sich nun ein Befehl des Fürsten denken, welcher unter ihm entstandene gute Gebräuche und Gewohnheiten wie Gesetze beobachtet haben will, ohne dafs der Fürst selbst einen jeden dieser Gebräuche vorher wufste und als gut genehmigte, ehe er wahres Gewohnheitsrecht wurde? Allerdings lassen sich jedoch dergleichen, Vorschriften als Erinnerungen des Richters auch auf Gewohnheiten, die in älteren Zeiten entstanden sind, zu erkennen, sehr wohl ansehen, und nichts Anders finde ich in den römischen Gesetzen: *consuetudo inveterata pro lege custoditur — leges imitatur — consuetudo retinet* *) — ausgesprochen.

---

*) *l.* 3. *Cod. quae sit longa consuetudo.* In der

Herr Hofrath Glück meint, das *cap.* 1. *de constit. in* 6*to* rechtfertige vollkommen die von ihm aufgestellte Behauptung, ein *con-*

---

juristischen Sprache heifst es oft: *leges* (*nos*) *tenent* — so auch Gewohnheiten, sie können in einem Zwischenzeitraum unbekannt geworden seyn; werden sie nachher wieder entdeckt, wird der Beweis ihrer dereinstigen Existenz und Verbindungskraft hergestellt, so müssen sie nun auch wieder als fernerhin verbindend geachtet werden — *retinent.* — Diese Auslegung wird meiner Einsicht nach über allen Zweifel erhoben durch den Verfolg der gedachten Stelle, „*et quod officiis, curiis, civi-*„*tatibus, vel collegiis praestitum fuisse* „*cognoscitur, perpetuae legis vicem obti-*„*nere statuimus.*“ . . . Wer nicht die unmittelbar vorhergesetzte Stelle (l. 2. C. eod.) wie Höpfner erklärt, und beide Stellen nicht in Widerspruch setzen will, kann das: *retinere* unmöglich für Derogiren erklären. Guilleaume (§. 64. not. b) fand freilich kein Bedenken bei einer solch handgreiflichen Interpretation — die l. 2. Cod. cit. stund ihm seiner Erklärung nach gewifs nicht im Wege.

sensus generalis expressus, wie wir ihn beschrieben haben, mache die Wissenschaft des Landesherrn von einzelnen Gewohnheiten ganz überflüfsig oder unnöthig — Wir wollen den Inhalt dieser Stelle erwägen: „*licet Romanus Pontifex (qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere) constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur etc.*“

Der Gesetzgeber, heifst es hierin, kann durch eine neue Verordnung ein älteres Gesetz aufheben, wovon er gar nichts erwähnte. Ganz richtig — — nichts kann, nichts soll bestehen, was sich mit dem neugegebenen Gesetze nicht verträgt. Beydes ist nothwendige Folge des neuen Gesetzes, und als eine solche gedoppelte nothwendige Folge desselben dem vernünftigen Denken des Gesetzgebers wohl bekannt — ob ihm auch ein älteres seinem neugegebenen contraires Gesetz bekannt war oder nicht?

ob überhaupt ein solches würklich vorhanden war oder nicht? thut gar nichts zur Sache: aber ein Gesetz einführen wollen ohne etwas davon zu wissen (dies ist gerade der Fall bei einem einzuführenden Gewohnheitsrechte), ist dem gesunden Menschensinne zuwider.

C.) Kann eine Gewohnheit, welche einem früheren geschriebenen Gesetze entgegen ist, zu Recht bestehen?

Hier zeigt sich die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen democratischer und landesherrlicher Verfassung in ihrer wahren practischen Brauchbarkeit: wir werden dadurch die *l.* 32. *D. de legibus* ausser aller Collision mit *l.* 2. *Cod. quae sit longa consuetudo* bringen.

Der Gesetzgeber kann ausdrücklich, auch stillschweigend, ein Gesetz aufheben. Findet sich also die gesetzgebende Gewalt in den

Händen der cives, macht die Majorität der Bürgerstimmen Gesetz, so machen es auch ihre Handlungen nach eben diesem Verhältnisse der Majorität — was also dem durch diese Majorität neuerklärten gesetzlichen Gemeinwillen entgegen ist, fällt als unverbindlich und aufgehoben für die Zukunft dahin:

l. 32. *D. de legibus* „*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex caussa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt; merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? . . . quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris* (wie es zu Julian's Zeiten der Fall war), *sed etiam tacito consensu omnium* (wie es vor Julian war, so lange die cives nach Majorität

Gesetze machten) *per desuetudinem abrogentur.* (Dieser letzte Zusatz zielte auf die Unbrauchbarkeit solcher Gesetze, welche durch contraire Bürgergewohnheiten einst aufgehoben waren.)

Ganz anders ist es in landesherrlich regierten Staaten. — Hier beruht das Daseyn eines Gewohnheitsrechtes auf der Vermuthung landesherrlicher Genehmigung — die richterliche Reflexion richtet sich hier nach dem aus der Natur eines zweckmäfsigen Staates fliesenden Postulate „ „ der Staat mufs „ und wird durch seinen Repräsen- „ tanten alles das sogleich verbieten „ was er als Unwesen der Unterthanen erkennt“ “ “ was also erwie- „ senermafsen dem Repräsentanten „ des Staates als Handlungsmaxime „ der Unterthanen zur Notitz kam, „ aber von demselben nicht verboten „ wurde, das kann und mufs der

„Richter als gut und zweckgemäfs „genehmigt achten — versteht sich „im Zweifel (vergl. *lit. A.*) . . . Nichts darf nun aber auch dieser Vermuthung im Wege stehen. Alle Thatsachen zu untersuchen, welche etwa eine solche Vermuthung verdrängen oder erschweren dürften, würde mich hier zu weit führen: aber wenn in einem Gesetze das Verbot alles dessen, was demselben widerstreitet, begriffen ist, so läfst sich auch auf die fürstliche Genehmigung eines Gebrauches, welcher durch ein gegebenes früheres Gesetz im Voraus verboten ist, durch sein blofses nachheriges Stillschweigen dazu nicht schliesen — dieses, glaube ich, ist der philosophische Sinn der

l. 2. Cod. quae sit longa consuetudo „*consuetudinis ususve longaevi non vilis auc-*
„*toritas est; verum non usque adeo sui*
„*valitura momento, ut aut rationem vin-*
„*cat aut legem* (so zu den Zeiten Kaisers Constantin um das Jahr 308 nach

Christi Geburt, wo die gesetzgebende Gewalt schon lauge ausschliefslich in den Händen des Kaisers war.)

Es wäre übertrieben und unzweckmäfsig, dem Gesetzgeber zuzumuthen, seine Verbote bey einem jeden Nichtbeobachtungsfalle der Unterthanen zu wiederholen — diefs hiefse den Gesetzgeber mit Functionen belasten, welche nicht für ihn gehören — Wenn der Unterthan einem Gesetze widerrechtlicherweise entgegenhandelt, so ist es Sache der Polizeibehörde, ihn zurecht zu weisen, und des Richters, ihn bey vorkommenden Streitigkeiten über einen solchen Fall für sachfällig zu erklären. Bildet sich also ein Gebrauch gegen ein Gesetz, so haben Polizei und Richterstellen einer groben Versäumnifs sich schuldig gemacht, dafs sie nicht einen jeden gesetzwidrigen Act der gehörigen Rüge unterwarfen — Rechtliches Verhältnifs begründet der ungeahndet gebliebene Gebrauch

nicht. Es ist auch keineswegs nöthig, dafs dem Gesetze, gegen welches ein Unterthanenbrauch eingeführt werden soll, die Clausel angehängt wurde; einer jeden, auch künftig entstehenden Gewohnheit ungeachtet — *nulla in contrarium valitura consuetudine!*

Es ist sonderbar, dafs man über die rechtlichen Wirkungen eines so überflüfsigen Zusatzes sehr uneinig wurde: nach Guilleaume's Zeugnisse *) legen einige Rechtsgelehrte demselben so viel Kraft bey, dafs er eine widrige Gewohnheit in ihrer Entstehung merklich hindern könne, da in diesem Falle nicht leicht auf die Einwilligung könne geschlossen werden; unterdessen müfsten ihm doch auch diese Rechtsgelehrte selbst eingestehen, dafs jene Clausel nicht vermögend sey, eine widrige Gewohnheit gänzlich in

---

*) a. a. O. §. 80.

ihrer Entstehung zu hemmen. Nach seiner eignen Meinung kann einer zukünftig entstehenden widrigen Gewohnheit wenige Hindernisse in den Weg legen: Gesetze, welche bei ihrer Erlassung wesentlich zum Wohl des Staats beitrügen, könnten ja durch nachher vorgegangene Veränderung der Sitten und Zeitumstände nicht allein aufhören nützlich zu seyn, sondern auch endlich eine schädliche Wirkung hervorbringen, und nichts mögte wohl unzweckmäfsiger seyn, als durch ein Gesetz verordnen wollen, dafs das, was in Länge der Zeit dem Staate unnütz oder gar wohl schädlich werden kann, nicht durch neuere Gewohnheiten verbessert oder abgeschafft werden sollte. Zudem zeugte eine nachhin eingeführte widrige Gewohnheit zur Genüge, dafs der Gesetzgeber seinen vorigen Willen geändert, und in die nunmehro hergebrachte Art zu verfahren eingewilligt habe. . . .

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche Guilleaume hier zu widerlegen sucht, haben Unrecht, dafs sie über die Wirkungen einer höchst überflüfsigen Clausel, die schon ohnehin stillschweigend in jedem Gesetze liegt, Bedenken tragen — aber Guilleaume selbst scheint mir noch weit mehr zu irren, dafs er gesetzwidrige Gebräuche der Unterthanen zu einer gesetzgeberischen Verbesserung nach veränderten Sitten und Zeitumständen erhebt, statt der polizeilichen oder richterlichen Behörde das Strafen derselben, oder wenigstens das Anfragen darüber bei'm Landesfürsten aufzulegen!

Das Resultat dieser Abhandlung ist I.) Gewohnheit ist Gewohnheitsrecht und Gesetz; II.) sie erfordert die stillschweigende Specialeinwilligung der gesetzgebenden Gewalt; III.) sie kann in landesherrlich regierten Staaten keine Lex aufheben, sondern hier nur in

Hinsicht derjenigen Verhältnisse sich mit Rechtsbestand äussern, welche noch nicht gesetzlich normirt sind *). Die Seltenheit solcher Gewohnheiten ist wohl bey uns nicht zu bezweifeln; aber der Beweis, dafs ein wahrer Gebrauch durch die Handlungen der Unterthanen bezweckt wurde, ist häufig nicht so schwer, als man sich gewöhnlich denkt — vorzüglich leicht wird er sich bei solchen Geschäften herstellen lassen, welche in Gemeindeversammlungen vorgenommen zu werden pflegen.

---

*) Julian bestätigt dieses von seinen Zeiten in *l.* 32. *pr. D. de legibus* „*de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.*“ Die Erklärung dieser Stelle im ganzen Zusammenhang am Ende der folgenden Abhandlung.

III.

Ueber die Eintheilung der Interpretation in grammatische und logische, authentische und usuelle: Was ist Naturrecht?

Ueber das ganze Gebiet der Rechtslehre müssen sich die Grundsätze von Interpretation nothwendig erstrecken — je nachdem sie unrichtig oder richtig, verworren und ungewifs, oder klar und zuverläfsig sind, mufs nothwendigerweise eine ganze Gesetzgebung in ihrer vollen Kraft und Würde unverrückt bleiben, oder — der Richterwillkühre zum Spielwerke dienen. Wenn demnach von Auffindung richtiger Interpretationsregeln hier die Frage ist, so gilt es der Absteckung sicherer Normen, welche sich mit

unserer positiven Gesetzgebung sowohl als mit dem vernünftigen Ideale eines gutgeordneten Staates vereinigen lassen, und in allem Betrachte als Grundpfeiler der ganzen positiven Rechtswissenschaft erscheinen. . . Aber wie, wenn es sich am Ende unserer Untersuchung zeigte, dafs alle bisherigen öffentlich bekannt gewordenen Versuche ihrem Zwecke geradezu widersprechen? Wenn sich die Unzuverläfsigkeit aller dieser Systeme, und darum auch ihre Verwerflichkeit mit Evidenz beweisen liefse! — Nur noch mehr kann dieses indessen den wahrheitsliebenden Geist zur Erforschung der Wahrheit beleben.

Was dachte man bisher über Interpretation? wie fafste man diese einflufsreiche Lehre? Gar sehr verschieden; aber alle bisherigen Systeme gehen nicht von einem sicheren philosophischen Standpunkte aus, und die daraus abgeleiteten Resultate sind eben so willkührlich, als die Systeme oder Vordersätze selbst.

Das älteste, seit Jahrhunderten gangbare, System, welchem nach Hellfeld *) auch Höpfner und Waldeck **) noch beytreten, erklärt die Interpretation durch Entwickelung eines dunkeln Gesetzes. Besteht die Dunkelheit, heifst es, in den Worten des Gesetzes, so ist eine grammatische Interpretation nothwendig; besteht sie hingegen in dem Geiste oder Grunde des Gesetzes, so tritt die logische Interpretation ein — findet man nun einen Grund auf, aus welchem das gegebene Gesetz fliefst, welcher aber weiter geht, als dessen Worte, so interpretirt man ausdehnend — Extensivinterpretation — sieht man hingegen, dafs der aufgefundene Grund eines Gesetzes sich nicht so weit erstreckt, als die gegebenen Worte, so interpretirt man einschränkend — Restriktivinterpretation — zeigt sich

---

*) *Iurisprud. forens. tit. de just. et jure* §. 36. 37.

**) im Titel: *de justitia et jure*, s. *comp. instit.* und pract. Comment.

endlich ein mit den Worten des Gesetzes gleichen Schritt haltender Grund desselben, so interpretirt man schlechweg nach den Worten, d. h. man spricht aus, das Gesetz dürfe weder ausdehnend noch einschränkend erklärt werden — Declarativinterpretation *) — So z. B. sagt man, müsse *l. 2. Cod. de rescindenda venditione* **), nicht *declarative*, blofs dem Verkäufer, der über die Hälfte durch den Kauf lädirt ist, sondern auch dem Käufer und überhaupt einem jeden über die Hälfte lädirten Contrahenten zum Vortheile erklärt, also auf Pacht, Tausch, kurz auf jeden onerosen zweiseitigen Contract extendirt

---

*) Einige alte nannten ihre grammatische Interpretation, *declarativa*, z. B. Böhmer *introd. in jus digestor. lib.* 1. *tit.* 1. §. 5.

**) „ *rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venundatum recipias, vel si emtor elegerit quod deest justo pretio, recipias: minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* “

werden; der Grund des Gesetzes sey die Billigkeit und die Tendenz des Gesetzgebers, drückende Läsionen von Contrahenten abzuwenden — — so extendirt man die in Nov. 115. enthaltenen Enterbungsursachen ohne Scheu auf vermeintlich gleiche und gröbere Pflichtvergessenheits - oder Undankbarkeits-Arten *), indem man schlechthin die Pflichtvergessenheit der Kinder gegen ihre Aeltern als Grund des Gesetzes annimmt, und daraus weiter argumentirt, ohne einmal auf die Schlufsworte der angeführten Novelle: *ut nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur*, Rücksicht zu nehmen **) — So interpretirt man den Art. 159. der

---

*) So auch Waldeck und Höpfner im Titel: *de liberis exheredandis.*

**) Begreiflich erklären die Vertheidiger des alten Systemes dieses Verbot nur von solchen Ursachen, welche den ausdrücklich genannten an Erheblichkeit nicht gleich sind, verstehet sich, nach ihrem Gutdünken nicht gleich sind!!!

P. G. O. überschrieben von gefährlichen Diebstälen. — Hier ist die Rede davon, wenn 1) der Dieb einbricht, 2) wenn er einsteigt, 3) wenn er bewaffnet eingeht. Man führt gewöhnlich die Gefahr als den Grund der für diese Fälle gesetzlich verordneten härteren Strafe an, und schliefst demnach diese härtere Strafe aus, sobald der einsteigende etc. Dieb nicht bewaffnet war, oder, wie einige Neuere thun, überläfst diesen Umstand, ob Gefahr da war oder nicht, der Beurtheilung des Richters; man restringirt also das angeführte Criminalgesetz auf Diebstähle, welche mit Gefahr für den Bestohlenen oder Bedrohten verbunden sind. . . . Die Anhänger dieses Systemes sprechen die Extensivinterpretationen in dem Sätzchen aus: *ubi eadem est ratio legis, ibi eadem illius est dispositio*, und die Restrictivinterpretation durch das: *cessante ratione legis cessat ejus dispositio.*

Einer der besseren Köpfe unserer Zeit, Adolph Dieterich Weber, konnte sich unmöglich in seinem Werke: Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit durch die Lücken des bisherigen Gebäudes mit Stillschweigen hindurchwinden — sie waren zu sehr practisch fehlerhaft und auffallend; aber nicht herzhaft genug, das Ganze niederzureissen, war er nur bedacht das bodenlose Gebäude auf Kosten der reinen Interpretation auszubessern. Den Begriff der Interpretation und ihre Extension nach dem Grunde des Gesetzes liefs er unverändert, er begnügte sich den Satz: *cessante ratione legis cessat ejus dispositio* zu modificiren. wahrscheinlich nur durch die Nothwendigkeit, mehrere materiell richtige Regeln des reineren Gefühls in seinem Werke durchzusetzen, zu einem solch beschränkten und noch immer gar zu mangelhaften Verfahren bewogen. Es war ihm auffallend, dafs öfters nicht der Grund des Gesetzes, nichts

destoweniger aber dessen Verordnung eintrete: darum konnte er das: *cessante ratione* etc. nicht mehr als allgemeine ausschliefsliche Regel anerkennen, er modificirte sie dahin: 1) wenn das Unzutreffende des gesetzlichen Grundes nur aus individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjectes herrühre, so finde nichts destoweniger die gesetzliche Verordnung selbst noch statt. — Anders sey es, wenn das Unzutreffende des gesetzlichen Grundes in einem ganzen Inbegriffe mehrerer ähnlicher Fälle und Verhältnisse schon durch die Natur der Sache oder durch die Vorschrift besonderer Gesetze begründet werde. 2) Wenn die bürgerlichen Gesetze eine nach dem Naturrechte erlaubte Handlung verböten und für ungültig erklärten, so geschehe dies gemeiniglich darum, weil sie leicht üble Folgen nach sich ziehen könne, nicht allein in

so ferne jedesmal würklich üble Folgen damit verknüpft seyen, oder die Handlung würklich mifsbraucht worden sey. Aus der ersten Beschränkung erklärt er uns, warum ein auch noch so reif denkender Unmündige doch kein Testament machen könne, wenn schon der im Gesetze niedergelegte Grund der den Unmündigen benommenen Testamentifaction: *quia nullum eoruu animi judicium est*, bei dem Unmündigen in Frage nicht zutreffe; warum dagegen ein minderjähriger Werkmeister einen ohne Vormund geschlossenen ihm nachtheiligen Handwerksvertrag schlechterdings nicht als null und nichtig anfechten könne, wenn gleich das gemeine Recht die Verträge der Minderjährigen, welche diese ohne ihre Vormünder über ihr Vermögen abschliefsen, *ob lubricum aetatis* für null und nichtig erklären — hier trifft das: *cessante etc.* würklich ein, meint Weber, aber nicht wegen allenfalls individuell vorhandener Reifheit

des Verstandes des Minderjährigen, sondern weil er zugleich Werkmeister, also von der Landesobrigkeit als solcher zunftmäfsig anerkannt und mit den dazu erforderlichen Kenntnissen versehen geachtet sey, mithin das Unzutreffende des gemeingesetzlichen Grundes hier in einem ganzen Inbegriffe mehrerer ähnlicher Verhältnisse durch die Vorschrift besonderer Landesgesetze begründet werde. . . Aus der zweiten Beschränkung deducirt er, warum, wenn z. B. das Gesetz lautè: Niemand solle mit einer brennenden Pfeife über die Strafse gehen — jede dergleichen Gesetzübertretung strafbar, und zwar der im Gesetze bestimmten Strafe precise unterworfen sey, wenn gleich kein Feuer dadurch entstanden — denn die Legislation könne nur aufs Ganze, auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richten, nicht den Eigenheiten eines jeden besonderen Falles ihre Vorschriften anpassen — —

darum seyen auch im Falle eines vorhandenen Gesetzes, welches das Pharaospielen des zu befürchtenden Ruins der Spielenden wegen verbiete, solche Pharaospieler strafbar, die etwa sehr reiche Leute sind, und nur um einige Batzen das verbotene Hazardspiel spielen *).

Auch hier trat endlich der einsichtsvolle Thibaut **) als Reformator auf. Dieser unterstellt nicht mehr, wie seine Vorgänger, gerade eine dunkele Stelle bei der Interpretation, berücksichtiget auch nicht, wie jene, den Grund eines Gesetzes, indem er nebst der Interpretation nach dem Grunde auch eine Interpretation nach der Absicht des Gesetzgebers feststellt, und für jene erstere ganz besondere Vorsichtsmaasregeln an-

---

*) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit S. 217. 220.

**) Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts — 1799.

giebt. Übrigens findet er in Betreff der Extensivinterpretation nur noch das zu erinnern, dafs man ein Gesetz alsdann nicht extendiren dürfe, wenn der Gesetzgeber wie namentlich in der Nov. 115. bei den Enterbungsursachen geschehen, die Extensivinterpretation verboten habe: sonst läfst er sie allerdings zu, insonders extendirt er selbst die oben angeführte *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* auf alle zweiseitige oneröse Verträge, sogar gewissermafsen auf Transacte *).

Noch mufs ich bemerken, dafs Thibaut und Glück über die allbekannte trigotomische Interpretation hinaus eine vierte Abart derselben statuiren, dieser eine politische, jener eine, welche die Sphäre des Gesetzes verändert: z. B. wenn wegen veränderter Staatsverfassung ein römisches Institut seine Anwendbarkeit verloren hat, so

---

*) in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts Th. II. Abhandl. 11.

soll hier die politische Interpretation eintreten: weiter unten werde ich mich darüber so wie auch über die, welche die Sphäre des Gesetzes verändert, erklären. . . . Endlich neuerer Zeit scheint es so ziemlich die herrschende Sprache geworden zu seyn, Statt der oben erklärten *interpretatio declarativa* den Ausdruck: *Stricta* zu gebrauchen, und die Interpretation eines zweisinnigen Gesetzes in diesem oder jenem Sinne, *declarativa* zu nennen.

In der Hauptsache kommen demnach alle bisherige Lehrgebäude darin überein: 1) dafs sie die grammatische Interpretation der logischen contradistinguiren, jener nämlich die Auffindung dessen, was der Gesetzgeber gesagt habe, dieser die Auffindung dessen, was er habe sagen gewollt, zueignen *).

**) Diese Contradistinction lese ich auch noch in Zachariä's Versuch einer allgemeinen Hermenevtik des Rechts. 1805.

Dabey könne sich's 2) zeigen, dafs der Grund des Gesetzes oder Absicht des Gesetzgebers weiter, oder nicht so weit, oder eben so weit gehen, als die von ihm gebrauchten Worte: hiernach sey die logische Interpretation entweder ausdehnend, oder einschränkend, oder strict (declarativ.)

Wie schon oben erinnert, mufs hier von einem philosophischen und sicheren Standpuncte ausgegangen werden, um endlich einmal bestimmte Regeln festzustellen, und die Function der gesetzgebenden Gewalt von der Function des Richters möglichst genau zu trennen.

Nicht dem individuellen Gutdünken des vom Staate niedergesetzten Richters, sondern dem Urtheile der gesetzgebenden Gewalt, in so ferne es der Constitution seiner Rechte gilt, ist der Staatsbürger unterworfen: was der Gesetzgeber ausspricht, das ist die objectiv er-

kennbare Stimme des Staates und aller einzelnen Mitglieder desselben, durch deren Repräsentanten verkündet. Diese alleingebietende Stimme der Regentschaft wird und kann nur vermittelst angenommener und ausgesprochener Sprachzeichen objectiv und sicher erkennbar seyn: dabey äussert sich jedoch auch die Sphäre der Gesetzgebung als solcher nur so, dafs sie Normen, Regeln, wahre Vorschriften ausspricht — es kommen hier keineswegs speculative Gründe, welche irgend eine Vorschrift der Gesetzgebung motivirten, in Betracht; diese haben ihrer Natur nach keine Verbindungskraft, und liegen eben ihrer Natur nach auch gänzlich ausser der eigentlichen Sphäre des Gesetzgebers als solchen. Demnach besteht die Pflicht des interpretirenden Richters ausschliefslich in der Reconstruction des von der Gesetzgebung ausgesprochenen Gedanken, und der darin begriffenen verkündeten Regel; der Begriff der Interpretation löfst sich also in die nackte

Entwickelung der gesetzlichen Vorschrift, so wie diese objectiv ausgesprochen ist, auf. . . Es folgt hieraus von selbst, dafs es keine logische der grammatischen contradistinguirte Interpretation, keine Extensiv- keine Restrictiv- auch keine Interpretation nach dem Grunde des Gesetzes giebt. Die logische Interpretation soll den Geist des Gesetzes oder den eigentlichen normirenden Willen, die eigentliche Absicht des Gesetzgebers auffinden: aber das aufgefundene Resultat mufs höchstzuverläfsig seyn, es darf nicht auf psychologischen Speculationen und individuellen Vermuthungen des interpretirenden Richters beruhen. Diese bleiben immer nichts als leere Speculationen und Vermuthungen; kein von aussen entdeckter Grund des Gesetzes, ja selbst nicht einmal der im Gesetze ausgesprochene Beweggrund des Gesetzgebers kann sie haltbar machen oder ihnen den Character der Gesetzlichkeit beilegen; denn der Beweggrund des Gesetz-

gebers ist nicht Norm *), nicht Regel, nicht die ausgesprochene Absicht, verdient demnach die Rücksicht des Interpreten als solchen ganz und gar nicht, und darf die Inter-

---

*) d. h. an sich — öfters finden wir jedoch in unserer Gesetzgebung wahre Normen oder Regeln, welche in Form eines Grundes dargestellt sind — so z. B. wird in *l.* 63. *pr. D. pro socio* den Gesellschaftern das *beneficium competentiae* eingeräumt aus dem Grunde: *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* — Diese Worte enthalten zugleich die Rechtsregel, dafs den Geschwistern das *beneficium competentiae* zustehen soll. Vergl. Thibaut's Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts S. 146. Ueberhaupt mufs man eigentliche Bedingungen einer gesetzlichen Vorschrift, insonders auch die wahre Natur eines gegebenen Institutes von dem eigentlichen Grunde eines Gesetzes wohl unterscheiden z. B. in *l. ult. D. de transact.* ist die Ignoranz des Erbschaftsschuldners, welcher in der Unwissenheit einer geschehenen Cession an den Verkäufer der Erbschaft seine Schuld bezahlt hat, eine derjenigen Bedingungen, wovon seine Restitution abhängt

pretationsfunction nicht leiten, — Die Gesetzgebung als solche, hat ihren Untergebenen die Beweggründe ihrer Gesetze gar nicht anzugeben; und, abgesehen von der Erfahrung,

---

sie gehört zu den vom Gesetze schlechthin unterstellten Wesenheiten des bestimmten Falles. Eben so war der *color insaniae* die eigentliche Natur der alten Inofficiositätsquerel: mit der Veränderung derselben mufsten nothwendigerweise alle daraus abgeleiteten Folgen sich verändern, eben so wie sich ein Fall, bei welchem die Bedingungen eines Gesetzes nicht eintreten, unter dasselbe vernünftigerweise nicht subsumiren läfst. Nachdem der *color insaniae* aufgehört hatte, die Natur der Inofficiositätsklage zu bilden, konnte sie vernünftigerweise nur noch Rescissionsmittel eines Testamentes im engen Sinne bleiben. — Andere Verordnungen konnte ein Testirer, dessen Testament durch die *querela inofficiosi* gefallen war, so wie jeder andere Erblasser festsetzen, denn jener erschien nun nicht mehr rechtlich als Wahnsinniger. Die Geschwister konnten also auch seitdem nicht mehr die Legate durch ihre Inofficiositätsquerel entkräften — mufs-

dafs die angegebenen häufig ganz falsch sind, oder viel weiter gehen, oder nicht so weit gehen als die dadurch motivirten Gesetze, mithin ein ganz anderes Gesetz hätten veranlassen gemufst, bleibt es doch auch immerhin ungezweifelt, dafs es selbst bei dem angeführten richtigsten Grunde eines gegebenen Gesetzes äusserst unzuverlässig ist, ob der Gesetzgeber den ganzen Umfang des niedergelegten Grundes einsah, und hiernächst, ob er auch allen aus dem angeführten Grunde abzuleitenden Resultaten Gesetzeskraft

---

ten sich ja doch seitdem die weit mehr begünstigten Kinder selbst dieselben gefallen lassen, nach dem wörtlichen Beweise der Nov. 115. Ganz anders ist es, wenn ein eigentlicher Grund einer gesetzlichen Disposition wegfällt, damit fällt noch nicht sofort auch die Disposition des Gesetzes selbst. Am Leichtesten ist übrigens ein wahrer Grund des Gesetzes daran erkennbar, wenn die gesetzliche Disposition selbst ohne einen solchen Zusatz als vollkommen bestehend erscheint.

geben wollte? Jene umfassende Einsicht und der auf den ganzen Umfang des angegebenen Grundes bezogene Wille des Gesetzgebers liegen beyde im tiefsten Dunkel, und die Vermuthungen des geschicktesten Psychologen sind schlechterdings in so ferne wenigstens keiner Rechtfertigung fähig, als sie den Unterthanen vom individuellen Gutdünken des Richters als gesetzliche Regeln aufgebürdet werden sollen; sie sind in dieser Erscheinung nichts anders als eine drückende Arroganz des Interpreten, wodurch er sich als einen sträflichen Usurpator der gesetzgebenden Gewalt aufwirft. . . Alles dieses rechtfertiget die Philosophie der Gesetzgebung vollkommen. Die möglichste Sicherheit der Rechte der Unterthanen ist Hauptzweck, auf welchen eine gute Gesetzgebung mittelbar berechnet seyn muſs: darum kann allein die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers gesetzliche Norm seyn, aber keineswegs der Beweggrund, wenn

er gleichwohl ausgesprochen ist, und eine andere, etwa weitere oder engere Absicht des Gesetzgebers, als die vermittelst der Sprachzeichen ausgesprochene ist, ahnen lassen dürfte. Unergründlich ist es, ob der Gesetzgeber würklich den wahren Umfang seines Beweggrundes eingesehen habe. — Die Uebertragung der Zuverlässigkeit dieser Einsicht liegt auch gar nicht in der geschehenen Übertragung der gesetzgebenden Gewalt auf den Regenten von Seiten des Volkes und kann nicht darin liegen: selbst wenn der Gesetzgeber im Allgemeinen sagt, er habe den vollen Umfang seines Gesetzgrundes eingesehen, so ist hiermit für die Interpretation so viel als nichts gesagt — und nun bedenke man, um wie viel unsicherer es noch ist, ob die Einsicht des wahren Umfanges des Gesetzgrundes von Seiten des Interpreten mit der des Gesetzgebers zusammentrifft! ! !

Die simple Absicht, der platte Wille des Gesetzgebers hingegen ist als solcher absolut gewifs, von keinem ungewissen Perceptionsvermögen, Scharfsinn, oder Witz abhängig, und wurde von dem Staate zum Gesetze erhoben — eben so vollkommen gewifs ist die Erkenntnifs dieses Willens vermittelst der simplen Sprache, worin er ausgesprochen ist — also Absicht oder Wille des Gesetzgebers, wie dieser ihn ausgesprochen hat, ist Gesetz, nichts mehr und nichts weniger ist Gesetz — Die Vermuthung, dafs der Gesetzgeber nichts anders sagen wollte, als das, was er würklich sagte, ist die stärkeste, und es ist lächerlich, dagegen nur in irgend einer Hinsicht etwas aus Beweggründen oder sonst woher vermuthen zu wollen. Logische und grammatische Interpretation sind demnach aufs Innigste miteinander verschwistert, unzertrennlich, haben beide ganz dieselbe Tendenz, und scheiden sich von einander nur noch

etwa dadurch, dafs die logische die eigentliche Inrerpretationsoperation, die grammatische das Mittel dazu ist. — Es giebt nur eine Interpretation, ohne alle Abarten, die logische; Philologie oder Grammatik ist ihr Hülfsmittel, und ihre von der Philosophie abgesteckte Gränze *). Philolog mufs also der Interprete,

---

*) Die sogenannte politische Interpretation ist nichts anders als logische Interpretation — auch ist die logische Interpretation jederzeit eine doctrinelle, und die sogenannte authentische ist eben so gewifs ein Unding, als die usuelle, wenn man gleichwohl in allen Lehrbüchern beyde von der logischen getrennt findet: a) wenn der Landesherr ein Gesetz interpretirt, sey es sein eigenes oder von seinem Vorfahrer, so nennt man diese gewöhnlich eine authentische Interpretation — so auch noch Waldeck *in comp. Inst.* §. 20. mit Bezug auf *l.* 12. *Cod. de legibus* — allein in dieser Stelle wird jenes Namens gar nicht erwähnt, sondern nur die Frage erörtert, ob die Gesetzgebung selbst Gesetze erklären dürfe? Setzen wir, dafs

und mehr Philolog mufs er sogar seyn als Philosoph; er studiere insonders die eigene

---

die landesherrliche Interpretation nichts anders ausspricht, als die Sprache des gegebenen Gesetzes, und was jeder andere Privatinterprete als Richter oder Rechtsgelehrter daraus entwickelt haben würde; so ist dieses eigentliche Interpretation, aber logische doctrinelle; der Gesetzgeber erscheint hier als Privatinterprete: weicht hingegen die gesetzgeberische Erklärung von dem durch den Wortverstand ausgesprochenen Sinne des Gesetzes ab, so ist dieses keine eigentliche Interpretation, zwar, weil es der Gesetzgeber so will und wollen darf, für künftig sich ereignende Fälle rechtliche Norm als neues Gesetz, keineswegs auf schon früher existirende Rechtsfälle anwendbar; — b) wenn eine gewisse Erklärung eines Gesetzes in Gerichten angenommen ist, so, dafs die Richter darnach sprechen, so nennt man dieses gewöhnlich Usualinterpretation: allein entweder ist die Erklärung des Gesetzes in Frage an und für sich, d. h. theoretisch richtig — dann ist sie doctrinell und der Richter mufs sie befolgen, weil sie richtig ist, oder sie ist nicht theoretisch rich-

Sprache seiner Gesetzgebung in ihren verschiedenen Bedeutungen bis zum vollkommensten Grade; er verbinde aber auch mit der Philologie eine reine Philosophie, und — so vorbereitet schreite er zu seiner wichtigen, pflichtvollen Operation. Er erfinde nun vorerst den authentischen Text seiner Gesetzge-

---

tig — dann darf sie gar nicht von Richtern angenommen werden, denn Praxis ist nichts anders und kann nichts anders seyn, als Anwendung einer richtigen Theorie auf vorkommende Rechtsfälle — eine der Theorie entgegenstehende Praxis giebt es nicht, sie wäre Gesetzlosigkeit, richterliche Tyrannei oder — Albernheit. . Etwas der Discretion des Richters zu überlassen, sagt Lord Kenyon (Annalen der Brittischen Geschichte 1790. Band V. S. 149.) ist das Gesetz eines Tyrannen — die Pflicht des Richters ist, das Gesetz nicht auszulegen wie er wünschte, dafs es abgefafst seyn mögte, sondern in den ihm vorgeschriebenen Grenzen zu wandeln.

bung *); — er suche demnächst den vollen Umfang der Worte des Gesetzes in ihrer

---

*) Hierzu dient ihm die Vergleichung der besseren Editionen des Gesetzbuches — dies ist das Ressort der sogenannten niederen Kritik. — Sollte sich's zeigen, dafs selbst die Leseart des besten Codex keinen vernünftigen Sinn gewährt, so kann er ohne Anstand die höhere Kritik versuchen, den gegebenen Text verbessern — die Sphäre verändern. Hier ist indessen die höchste Strenge zu beobachten, wenn anders durch die Kritik einer Hauptmaxime, der Sicherheit der Rechte nämlich, nicht entgegengearbeitet werden soll; und hiernach kann diese höhere Kritik nur dann zuverläfsig und practisch seyn, wenn der Kritiker deutlich zeigen kann, wie aus dem von ihm als ächt unterstellten Texte die Verfälschung philologisch entstanden ist und aus keinem andern angenommenen Urtexte entstehen konnte — allenfalls durch Veränderung der Interpunkte und Buchstaben (z. B. *nec vacuam* statt *nequaquam*), Zusammen- oder Ver-setzung oder Trennung der Worte, Geminationen und Quasigeminationen etc. — Sicher wird

Verbindung sorgfältigst auf, subsumire sodann alle darin ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Fälle, und spreche auf diese Weise nicht mehr und nicht weniger aus, als der Gesetzgeber selbst aussprach. Hiernach wird es ihm dann nicht einfallen, die obenangeführte *l.* 2. *Cod. de rescindenda venditione* auf alle zweiseitige oneröse Ver-

---

z. B. *l.* 8. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio* „*Sed et si in confinio lapis nascatur et sunt pro indiviso communia praedia: tunc erit lapis pro indivisio communis, si terra exemtus sit*“, in einem vernünftigen Sinne hergestellt, wenn man mit Haloander, statt *sunt* — *sint* liefst, und hiernächst vermittelst der Gemination — *si sint* beide Bedingungen, welche im Texte angegeben sind, trennet. Vorzüglich ist hierüber zu empfehlen Best *ratio emendandi leges, cura Neuhaus. Lips.* 1745. Uebrigens hüte man sich wohl, an die Stelle der höhern Kritik eine vage Conjecturalkritik zu substituiren, und überhaupt ist eine mittelmäfsig vernünftige Interpretation des gegebenen Textes ohne alle Veränderung jedesmal vorzuziehen.

träge auszudehnen; er wird sich strenge an die gegebenen Worte halten, und nur dem über die Hälfte verletzten Verkäufer, oder falls der Vater die Adventitiengüter seines Hauskindes veräuserte, dem dadurch über die Hälfte verletzten Hauskinde, das darin enthaltene Rescissionsrecht einräumen — vergebens wird man ihm Billigkeitsgründe für die Extension vorhalten; von seiner bessern Sache überzeugt wird er dieselben als pflichtlose leere Vermuthungen verlachen — er wird vielmehr, wenn er sich anders auf Beweggründe für einen Augenblick einlassen will, sagen und mit Recht sagen, die angeführte l. 2. mache zumal eine strenge Ausnahme von der gesetzlichen Regel: dafs alle rechtsbeständig geschlossene Verabredungen in ihrem vollen Umfange gehalten werden müssen, und sey wohl auch blofs aus Schonung für den gar oft aus Noth veräussernden Verkäufer, keineswegs zu Gunsten irgend eines andern Contrahenten ge-

geben. . . So wird er auch den im angeführten Art. 159. der peinlichen Gerichtsordnung enthaltenen Ausdruck von geflissentlich, d. h. mit Vorbedacht und reifer Überlegung *) ausgeführten Diebstählen erklären, und den fast von allen bisher geahnten Grund der Gefahr nicht achten; — — er wird endlich die Frage: ob der Vater, der seinen Sohn mit vielen Kosten studieren liefs, hierauf unverdient ins äusserste Elend gerieth, und während seines Elendes von seinem übermäfsig besoldeten und reichen Sohne nicht standesmäfsig verpflegt wurde **), nachmals aber wieder durch Glück zu grofsem Vermögen gelangte, den Sohn nun wegen der begangenen groben Undankbarkeit enterben darf? ganz

---

*) Man vergleiche hierzu den Art. 146. (ungefährliche Entleibung) und Art. 88. (Gefährlichkeit mit Wissen und Willen) — auch Art. 114. und 115.

**) Klagen konnte der Vater darüber allerdings.

richtig verneinen, und an dem in Nov. 115. enthaltenen so wie an jedem anderen gesetzlichen Verbot der Extensivinterpretation nur eine wiederholte Erinnerung des Richters an seine ihm ohnehin obliegende Pflicht erkennen.

So viel von den absoluten Interpretationsregeln einer Gesetzgebung überhaupt: — in der That verfuhren zwar die alten Interpreten selbst nicht immer so ganz strenge; es findet sich würklich manche Stelle in den Pandecten, wo es geradezu heifst: *licet verba deficiant, tamen sententia est* — und es ist bekannt, dafs die Alten über das Edict commentirten, ohne gerade immer auf das angeführte Prinzip strengen Bedacht zu nehmen — dennoch wurden nicht wenige solcher Interpretationen durch ihre Aufnahme in die Pandecten zu Gesetzen erhoben! Laut spricht zwar dis Philosophie des Rechtes gegen ein solches Verfahren; eben diese läfst uns nun auch nichts anders alt die simple

Behauptung übrig, dafs alle dergleichen auch noch so sehr auctorirte Interpretationen materiell unrichtig waren, nnd durch ihre Aufnahme in den Pandectentext wohl Gesetzeskraft nach Justinians Absicht erhielten, aber als Interpretationen keine materielle Richtigkeit ihnen dadurch beygelegt wurde.

Indessen bin ich mir lebhaft bewufst, dafs ich durch alles dieses auf die Überzeugung unserer rein positiven Juristen wenig gewürkt, und auf ihren Dank ganz keine Ansprüche erworben habe; darum stehe hier das entscheidende Zeugnifs des Kaisers selbst über die Verwerflichkeit solcher Interpretationen, und die wiederholten nachdrücklichen Verbote, welche er dagegen erliefs. — Ich setze sie wörtlich hierher, mit der Bemerkung, dafs sie keineswegs einzelne Entscheidungen, sondern wahrhaft allgemeine der Interpretation überhaupt ausschliefslich gewidmete Vorschriften sind, welche den strengen Befehl an den Rechtsausleger ent-

halten, von dem gegebenen Wortverstande unter keinerlei Vorwand abzuweichen.

Constit. „*Tanta circa de confirmatione digestorum* §. 21. *hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire: ut nemo eorum, qui in praesenti juris peritiam habent, neque qui postea fierent, audeat commentarios his legibus adnectere, nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voce Romana positae sunt: alias autem legum interpretationes, imo magis perversiones, eos jactare non concedimus.*“

L. 20. und L. 21. D. *de Legibus* „*non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest; et ideo rationes eorum, quae constituuntur inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*“ . . .

L. 12. §. 1. D. qui et a quibus manum „quod „quidem perquam durum est“ sed ita „lex scripta est.““

Cod. I. XVII. const. III. §. 21. „illud au- „tem, quod statim, cum hanc campositio- „nem legum congregari mandaremus, jussimus, iterum et nunc sancimus illud confirmando: omnibus similiter interdici- mus, nequis audeat hominum, qui nunc sunt aut in posterum erunt, commenta- rios scribere harum legum — praeter- quam si velit quis in graecam linguam haec transferre, quem etiam volumus sola secundum pedem seu cata po- da nuncupata uti legum inter- pretatione: aliud autem nihil om- nino ne tantillum quidem circa ea facere, nec rursus dare seditionis et dubitationis aut infinitae multitudinis legibus occasionem, id quod antea in an- tiqui edicti factum est ordinatione, ita ut illud brevissimum constitutum ex dif-

Bayerische Staatsbibliothek München

ferentium commentariorum differentia sui diversitate in infinitam extenderetur multitudinem. Si quid enim forte ambiguum fuerit visum vel litium certatoribus, vel his qui rebus judicandis praesunt, hoc Imperator interpretabitur recte, nam haec facultas illi soli a legibus permissa est. Itaque quisquis ausus fuerit ad hanc nostram legum compositionem commentarium aliquod adjicere, aliter atque nostrae hujus jussionis forma praescribit; is sciat, quod et ipsi falsi reo legibus futuro et quod composuerit eripietur et modis omnibus corrumpetur.

L. 1. §. 20. *D. de exercit. act.* „*in re dubia melius est, verbis edicti servire.* — Es war Rechtsgrundsatz, dafs die Einstimmung des Exercitors in einen Contract des Magisters jenen aufs ganze Object der Contractsverbindlichkeit verhaftet machte; ob hierunter

auch die blofse Wissenschaft desselben als eine stillschweigende Zustimmung zu verstehen sey? stellte Ulpian zum rechtlichen Bedenken — ob die scientia als Species unter die gesetzlich ausgesprochene voluntas, als eine für mehrere Fälle ausgesprochene Regel, hier subsumirt werden dürfe? war ihm zweifelhaft — Er entschied dagegen, wiewohl eine laxere Interpretation sicher dafür entschieden hätte.

Ulpian führt mich hier zugleich auf die Frage: was ist Regel nach einem Gattungsbegriffe und was ist keine solche Regel für die Interpretation, sondern nur einzelne Rechtsbestimmung ohne exemplificative Consequenz? oder — wie weit erstreckt sich der volle rechtliche Umfang der Subsumtion? . . . Keine Schwierigkeit kann entstehen, wenn sich die Gesetzgebung allgemeiner Ausdrücke bediente. So z. E. er-

kennet die Interpretation gewifs mit Recht dafs in *l.* 27. D. *de adquir. rer. domin.* „*quidquid facto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum argentum fatendum est; at contra ti tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse et a te recte vindicari*“ einige Metallarten nur beispielsweise aufgeführt, aber zugleich die Rechtsgrundsätze vom Anlöten, Anschweissen und blosen Hinzufügen im Allgemeinen ausgesprochen sind — dies zeigen die auf einzelne Metallarten nur angewandten allgemeinen Ausdrücke; *addere*, *plumbare*, *ferruminare* — Aber wie wenn bei einer auf einen bestimmten Fall gefafsten Gesetzentscheidung solche allgemeine Ausdrücke nicht namentlich vorkommen — in wie ferne läfst sich wohl alsdann aus der gegebenen Entscheidung jenes einzelnen Falles eine allgemeine Regel für andere abstrahiren? Sie müfste hier stillschwei-

gend in dem aufgestellten einzelnen Beispielsfalle erklärt seyn, es müfste aus den Worten des Gesetzes die stillschweigende Absicht des Gesetzgebers hervorgehen, es müfste sich mit der gröfsten Sicherheit zeigen lassen, dafs an dem in dem Gesetze entschiedenen Falle nur ein Beispiel oder eine Folge von einer darin bezeichneten allgemeinen Regel, zu erkennen sey. Gewifs eine sehr schwierige, aber eben so wichtige, Aufgabe für die Interpretation. — Ich setze voraus, dafs uns die Sprache des Gesetzgebers für die Subsumtion anderer nicht genannten Fälle gänzlich verläfst: nothwendigerweise mufs also die Auflösung dieses Problemes in dem absoluten Umfange des vernünftigen Willens der Legislation nach ihrer in dem ausgesprochenen Falle einzeln gegebenen Vorschrift erfunden werden — ich versuche sie in folgendem Prinzipe:

„wenn ein rechtlich bestimmter

„einzelner Fall mit einem ande-
„ren nicht ausdrücklich genann-
„ten Falle zu demselben Gattungs-
„begriffe dergestalt unzertrenn-
„lich gehört, dafs ohne ganz glei-
„che rechtliche Bestimmung des
„letzteren der erstere das durch
„seine Bestimmung intendirte
„Rechtsverhältnifs zu erwürken
„nicht mehr geeigenschaftet wäre,
„so ist der genannte einzelne Fall
„als Beispiel einer durch ihn ge-
„setzlich ausgesprochenen allge-
„meinen Regel anzusehen — aus-
„ser dem aber nicht.“

So lange nämlich eine einmal gemachte rechtliche Bestimmung eines Falles von der Gesetzgebung nicht wieder anders gemacht ist, mufs dieselbe ihrer bisherigen Anlage nach Realität, d. h. volle Kraft und practische Anwendung haben — Dies ist das Postulat, aus welchem das gegebene Prinzip hervor-

geht: aber auf eine andere Ansicht, selbst auf Gleichheit der Rechtsbestimmungen für gleiche Fälle, läfst sich nicht bauen, denn der Gesetzgeber, dessen positive Bestimmung doch nur allein practisches Gesetz seyn kann, ist als solcher gar nicht schuldig, einen dem gemeinen Menschensinne etwa vollkommen identisch mit einem anderen scheinenden Fall mit demselben gleich zu normiren, und der Interprete — darf dieses nicht thun, wenn ihn nicht vielleicht seine Gesetzgebung zu solch einem Verfahren autorisirt hat, welches freilich sehr kläglich seyn mufs. Ein merkwürdiges Beispiel des so eben niedergelegten Prinzips glaube ich in meiner Abhandlung über den nothwendigen Zeitpunkt der Erbfähigkeit des Intestaterben dargestellt zu haben *).

Man fürchte inzwischen nicht, nach diesen strengeren Interpretationsgrundsätzen den Mangel gesetzlicher Entscheidungen häufig

*) im zweiten Bande dieses Handbuches.

zu fühlen — für den genaueren Kenner des römischen Rechtes werden nichtsubsumtible Fälle auch nach dieser strengeren Theorie immerhin eine äusserst seltene Erscheinung seyn — und sollte sich würklich ein unentschiedener Fall ereignen, so wird der Interprete selbst nicht als Richter entscheiden wollen, aber gewifs wird er aufser aller Verlegenheit seyn und den Weg pflichtmäfsig einschlagen, welchen Vernunft und bestimmte Vorschrift der Gesetze ihm vorzeichnen. Der zeitige Gesetzgeber oder Landesfürst hat nun allein zu entscheiden: *Ad praeterita lex trahi nequit*, heifst ja vernünftigerweise nichts anders, als: Rechte, welche einmal gesetzlich begründet sind, soll ein Machtspruch des Regenten nicht verdrängen. Die Entscheidung eines vorgefallenen noch nicht gesetzlich entschiedenen Falles ist allerdings ein Recht der höchsten Gewalt im Staate; als solche verträgt sie sich freilich nicht mit der Natur einer wahren Lex, so

wenig als sie Function des eigentlichen Richters ist *).

Eben in jenem Grundsatze der Erkenntnifs des stillschweigend ausge-

---

*) Vielleicht liefse sich diese Theorie der Interpretation mit der Ansicht des Recensenten der Feuerbach'schen Versuche über das Civilrecht (allg. Literaturzeitung Jahrg. 1804.) vereinbaren. Der gelehrte Verfasser dieser Recension schreibt: „Pandecten und Codex enthalten bey weitem weniger Gesetze, als Ansichten und Constructionen einzelner Fälle nach stillschweigend als bekannt vorausgesetzten Normen. Diese Constructionen müssen in ihre Prinzipien, welche in keiner einzelnen Gesetzstelle, sondern nur im ganzen Gesetzbuche enthalten, darin zu finden, aber nicht zu lesen sind, aufgelöfst, und der Text nach jenen Prinzipien, jedoch ohne Aufopferung der historischen Wahrheit, hergestellt werden. Auch die Wissenschaft der Interpretation wird durch dieses höchste Prinzip beherrscht.“ “ “ Der wichtige Zusatz: ohne Aufopferung der historischen Wahrheit — eifert unverkennbar gegen

sprochenen gesetzgeberischen Willens, dünkt mir, löst sich der Begriff des Naturrechtes auf, in so ferne man darinn Grundsätze suchen muſs, welche zur Interpretation einer einmal geschaffenen positiven Gesetzgebung practisch seyn sollen, und die jedem Richter überlassene vernünftige Erkenntniſs der Wesenheit derjenigen Objecte, auf welche die interpretirte positive Gesetzgebung angewendet werden soll, hinzufügt.

Noch jetzt hält man theils gewisse Abstractionen aus positiven Gesetzgebungen nach Schlüssen der Vernunft, theils auch gewisse bloſse Vernunftlehren für Natur- oder

---

Richterwillkühre, und erlaubt durchaus nur Subsumtion unter das Positivgegebene, indem historische Wahrheit nur positiv denkbar ist. Über das nähere Verhältniſs seiner Interpretationsgrundsätze und der über die Nichtverletzung der historischen Wahrheit hat sich der Verfasser nicht erklärt.

Vernunftrecht, und die Geburten desselben für ein *jus universale*, welches alle Individuen verbinde, in so ferne kein positives Gesetz etwas anderes verordnet *). Allein da die vernünftige Reflexion Eines jeden ohne Unterschied und Ausnahme in ganz gleicher Zwanglosigkeit anerkannt werden mufs, so ist hiervon eine nothwendige Folge, dafs der Rechtsinterprete schechterdings widerrechtlich handelt, wenn er gegen seinen Mitbürger das Product seiner individuellen Reflexion zur rechtlichen Zwangsnorm für dessen Handlungen autorisiren will. Nirgends hat auch unsere positive Gesetzgebung der richterlichen Reflexion diese Gewalt beygelegt; und wenn gleichwohl auch alle Rechtsgelehrte des Universums mit einander in gewissen Ansichten

---

*) So auch noch Hellfeld jurisp. forens. §. 17. Höpfner im Commentar Tit. *de jure nat. gent. et civili* §. 31. und Waldeck *in compend. Instit.* §. 32.

als den Schwerpuncten des Natur- oder Vernunftrechtes übereinstimmten *), so wären dergleichen Grundsätze doch immerhin nicht Gesetze, und in strengrechtlicher Hinsicht so viel als nichts. Aus der vernünftigen Erkenntnifs mufs freilich eine jede Gesetzgebung geschaffen werden; aber als Privatzusätze zu einer geschaffenen Gesetzgebung sind Vernunftproducte im Allgemeinen höchst widerrechtlich und verwerflich. Selbst der Satz: *pacta sunt servanda* kann nach dem Venunftrechte behauptet und widersprochen werden, ohne

---

*) Einst glaubte Thibaut unter dieser Bestimmung an die Möglichkeit eines practischen Vernunftrechtes (in seinen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts Th. II. Abh. V.) — er scheint aber auch von dieser Idee abgegangen zu seyn; vergl. dessen System des Pandectenrechtes. §. 142. S. auch die vortreffliche Antrittsrede über Philosophie und Empirie von H. Hofr. Feuerbach. Landshut 1804.

dafs nach einem noch so langen Kampfe etwas Verbindliches resultirt — hätten wir nicht positive Gesetze hierüber aufzuzeigen, besonders das Cap. 6. X. *de judiciis*, so würde der angeführte Satz wenigstens nicht practisch oder äusserlich verbindlich seyn *). Hieraus entwickelt sich das wichtige Resultat:

„dafs es höchstverwerflich ist, „das Natur- oder Vernunftrecht „als Regel, und das Civilrecht „als Ausnahme davon zu erklä- „ren.“

In diesem Wahn erklärte unter andern

---

*) Ganz irrig nehmen Waldeck und Höpfner die obligatio naturalis für eine practische, naturrechtliche Verbindlichkeit im Tit. *de obligationibus* — auch nebst unzählig vielen anderen A. D. Weber in seiner systematischen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 83. und in seinen Versuchen über das Civilrecht S. 15.

Herr Hofrath Glück *) die Zwangspflicht des Vaters, seiner in der väterlichen Gewalt habenden Tochter einen Brautschatz zu geben, welche demselben in mehreren gesetzlichen Stellen ausdrücklich als solche auferlegt wird, alsdann für eine blofse Liebespflicht, wenn die Tochter eigenes nahmhaftes Vermögen besitze. Ich setze den vollständigen Grundsatz, wie ihn Hr. Hofr. Glück aufstelit, wörtlich hierher:

„Es mufs, sagt er, bei Anwendung der „bürgerlichen Gesetze, welche uns Ver„bindlichkeiten auflegen, die an sich „(d. h. nach dem Natur- oder Vernunft„rechte) zu den nichterzwinglichen gehö„ren, allemal auf die Verhältnisse, wel„che die gesetzliche Sanction im Allge„meinen dabey voraussetzt, genaue „Rücksicht genommen, und keine wei„tere Ausdehnung gestattet werden. . . .

*) in der ausführlichen Erläuterung der Pandecten Th. I. §. 3.

„Diesen Grundsätzen zufolge läfst sich
„daher mit Grunde nicht behaupten,
„dafs der Vater auch alsdann
„schuldig sey, seiner heurathen-
„den Tochter aus seinem Vermö-
„gen einen Brautschatz mitzu-
„geben, wenn jene zulängliche
„eigene Mittel besitzt.“ “

Nach meinen Grundsätzen über Interpretation kann es in Betreff der *dos necessaria* auf den Unterschied, ob die Haustochter reich ist oder nichts hat, keineswegs ankommen, weil die deutlichen Worte *l.* 19. *D. de ritu nupt.* (welche doch H. Glück selbst anführt) ohne Ausnahme ganz allgemein dem Vater jene Schuldigkeit auferlegen — es kommt dem Interpreten nicht zu, diese positive Stelle auf eigene selbstbeliebte Beziehungen zurückzuführen, welche sich in seiner Vernunft al Regel entsponnen haben. Hiermit wäre schon für den erwähnten Fall genug gesagt, wenn ich gleichwohl kein deutliches positives Gesetz

aufzeigen könnte, welches entschieden meine Behauptung unterstützt. Aber zum Ueberflusse wäre dem Hrn. Hofr. Glück hierüber zu entgegnen.

l. ult. Cod. de dotis promiss. „*si pater dotem pro filia simpliciter dederit, vel pro filio ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius res maternas vel alio modo tales, quae acquisitionem (paternam) effugiunt — siquidem simpliciter dotem vel ante nuptias donationem dederit aut promiserit, ex sua liberalitate* (d. h. aus seinen eigenen Gütern, um seiner Schuldigkeit, welche mit der Anforderung des gleichwohl begüterten Kindes eintritt, nachzukommen) *hoc fecisse intelligi: neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino* (durchaus) *esse paternum officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.*

In der That liefsen sich aus der Glückschen Behauptung die ungeheuersten Irrthü-

mer in Menge ableiten. — Von vielen nur dieser. Der Vater ist doch schuldig, seinem Kinde im Testamente einen Pflichttheil zu verlassen, mag das Kind noch so reich und des Vaters Vermögen noch so kärglich seyn; und doch soll es nach dem insgemein behaupteten Vernunftrechte keine Schuldigkeit, ja gar nicht einmal eine Möglichkeit eines Pflichttheiles, so wie überhaupt einer testamentarischen Erbfolge geben. — Sollte also auch ausnahmsweise das reiche Kind, vielleicht neben seinem ärmern Bruder, kein Recht haben, den Pflichttheil aus dem väterlichen Vermögen zu fordern?

Doch was soll ich noch länger einen Grundsatz in Beispielen widerlegen, der so deutlich in sich selbst zerfällt? In der That, es läfst sich ohne positives Recht vernünftigerweise keine verbindliche Norm gedenken — ohne dasselbe liefse sich das alle Rechtsverhältnisse umschlingende Eigenthum

nicht denken *) und an die Stelle des Rechts könnte ausser dem Staate nur die Gewalt des Stärkeren treten — dies wäre die Folge und die alleinige Folge des angebohrnen Egoismus.

Aber wahrhaftig findet sich auch im römischen Rechte nicht die entfernteste Spur der Anerkennung eines practischen Vernunftrechtes — so etwas dachten sie sich weder unter ihrem *jus naturae*, noch unter ihrem *jus gentium*. Nur der Staat erschien ihnen als Zwangsanstalt. Unter *jus naturae* verstanden sie nichts als blofse Naturtriebe **). Dagegen ist es ausser Streit, dafs das *jus gentium* Rechtsverhältnisse normirte, d. h. practisch war: aber wer weifs auch nicht, dafs dasselbe rein positiv war, nämlich das enthielt, was damals bei allen bekannten Völkern als positives ge-

---

*) vergl. Fichten's geschlossenen Handelsstaat. Einleitung.

**) vergl. *l.* 1. 2. und 3. *D. de justitia et jure.*

meinschaftliches Recht galt — hiernach mufste bekanntlich der zu diesem eigenen Studium niedergesetzte *praetor peregrinus* Streitfälle der römischen Bürger mit Peregrinen oder Streitfälle der Peregrinen untereinander entscheiden, indem das römische Civilrecht für Streitfälle der Peregrinen nicht Entscheidungsquelle seyn konnte *).

Soviel von den absoluten Interpretationsregeln eines Gesetzes überhaupt: hiernächst sind noch die einer zusammengesetzten Legislation darzustellen. Zuvor sollen indessen mehrere merkwürdige, dem Anscheine nach entgegenstehende, Stellen unserer positiven Gesetzgebung beleuchtet und untersucht werden, ob sie nicht etwa den aufgestellten Grundsätzen zuwider sind. Vorzüglich berufen sich nämlich die Gegner auf

---

*) Einen ganz andern Begriff vom *jus gentium* machen sich Glück a. a. O. und der Verfasser der Abhandlung: der neueste Standpunkt der philosophischen Rechtslehre im jurid. Archiv Band IV. Heft I. Seite 3.

1) *l.* 10. *l.* 12. *l.* 13. D. *de legibus* „*neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur; sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri*“ — *non possunt amnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua caussa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet* „— *quoties lege unum vel alterum introductum: bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.*“ “ Die beiden ersteren Stellen wenigstens sagen nur, dafs es einer Gesetzgebung unmöglich sey, alle einzelne Fälle namentlich auszusprechen; darum müsse der Richter auch nicht ausgesprochene, aber ähnliche Fälle so entscheiden, dafs seine

Entscheidung der gesetzlichen sich möglichst nähere; und die letzte Stelle sagt, der Richter solle in seinen Entscheidungen alles dasjenige ergänzen, was zur vollständigen Erreichung des von der Gesetzgebung in Betreff eines gewissen Verhältnisses angezeigten Zweckes gehört. Auch die Interpretation könne gar wohl dazu behülflich seyn, bemerkt Ulpian. Der Recensent des „Versuches einer Theorie über die Auslegungskunst des römischen Rechts, zum Gebrauch akademischer Vorlesungen, von L. P. I. R. Halle 1804. (im jurid. Archiv Band IV. Heft III. 1804.)“ giebt über die zuletzt angeführte Stelle folgende Erklärung:

„Wenn ein Fall bei allen seinen in-
„dividuellen Abweichungen so gear-
„tet sey, dafs der Zweck, den das
„Gesetz erreichen will, nicht erreicht

„werden würde, wenn dieser Fall
„nicht darunter gezogen würde, so
„sey Aehnlichkeit des Falles vorhan-
„den, d. h. er treffe mit dem nament-
„lich ausgedruckten in denjenigen
„Bestimmungen zusammen, die hier
„entscheidend seyen, und ent-
„scheidend seyn müssen, weil der
„Zweck, den das Gesetz erreichen
„wolle, so weit als seine Sphäre
„reiche, Nothwendigkeit habe, und
„weil die übrigen Bestimmungen, die
„der concrete Fall habe, nicht so ge-
„artet seyen, um ihn von dieser Sphäre
„auszuschliessen — Hier werde *ad*
„*similia* procedirt, der Fall gehöre
„*ad eandem utilitatem.*“ “

Auch ich nehme diese Bestimmung, zwar ausschliefslich (nicht so jener Recensent), als Grundsatz der Erkenntnifs des stillschweigend ausgesprochenen gesetzgeberischen Willens an, nur mit dem Unterschiede, dafs ich

in Betreff der Nichterreichung des vom Gesetzgeber durch einen entschiedenen ähnlichen Fall intendirten Zweckes, falls ein anderer nicht ausgedrückter Fall nicht eben so bestimmt würde, höchststrenge Grenzen setze: aber überhaupt muſs ich gestehen, daſs die angeführten Stellen ganz und gar nicht für den Geist einer eigentlichen Interpretation benutzt werden können – sie sprechen von der römischen Interpretatio und von den römischen Prätoren; sie passen nicht auf unsere Rechtsgelehrten und Richter — dies zeigen die Worte an: *bona occasio est*, wenn nämlich einmal ein Hauptpunct gesetzlich bestimmt ist, so kann die Interpretatio — eben jene, welche so manche *actiones utiles*, die *querela inofficiosi testamenti*, die *legis actiones etc. etc.* aufgebracht hatte — Veranlassung nehmen, andere eben auch zweckmässige Nebenbestimmungen in Betreff jenes Hauptpunktes einzuführen — dies bestätigt der Zusatz: *vel certe jurisdictione*, nämlich

sollte die Interpretatio nicht genug auctorirt seyn, um solche zweckmäfsige Nebenbestimmungen durchzusetzen, so solle der Prätor durch sein Ansehen in Entscheidungen denselben ein kräftigeres Siegel aufzudrucken versuchen. An sich galt die Interpretation eines oder andern, wenn gleich höchstangesehenen Juristen, selbst zu den Zeiten des Freistaates eben so wenig als der Ausspruch des Prätors wie Gesetz, sondern eigene Verhältnisse der römischen Verfassung konnten beyden den Charakter der Verbindlichkeit erst beylegen. Die Interpretatio war wohl auch nichts anders als die sogenannte *disputatio fori* *), der Prätor entschied für diejenige

*) Gewöhnlich werden die *disputatio fori* und die *responsa prudentum* von einander getrennt; allein die quasigesetzgeberische Gewalt angesehener Juristen unter August, wovon uns Justinian §. 10. *Inst. de jure nat. gent. et civil.* erzählt, ist nicht nur historisch unwahrscheinlich (Thibaut Ver-

nige Meinung, welche ihm unter den von beiderseitigen Rechtsbeistanden verfochtenen die bessere schien. Sein Spruch war jetzt nur noch *jus inter partes*, nichts weniger als wahres Gesetz: aber das gerichtliche Verfahren war public, höhere und gleiche Magistratspersonen konnten dem Ausspruche einer Obrigkeit durch eingelegten Widerspruch Einhalt thun und demselben alle Kraft be-

---

suche etc. I. 7.), sondern verträgt sich würklich auch gar nicht gut mit der Möglichkeit des gleichzeitigen Widerspruches solcher Responsen . . . Weit natürlicher scheinen mir beide nur als Materie und Form von einander unterschieden — sie werden auch beide in ihrer Wesenheit gar nicht von einander getrennt in *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris*: „*his legibus* (*XII tab.*) *latis coepit, ut naturaliter evenire solet ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem, necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus compositum a prudentibus communi nomine appellatur jus civile.*“ “

nehmen — Wem ist auch das Veto der Tribunen sogar unbekannt *)? Genehmigte also das römische Volk, so lange ihm noch die Gesetzgebung zustand, nachmals auch zugleich der Kaiser, den auf die bessere Interpretation gegründeten Richterspruch des Prätors stillschweigend und unter gleichen Umständen mehrmals, so entstand hieraus ein Gewohnheitsrecht — und darum konnte der Jurist in *l.* 13. *de legibus* von der Interpretation und den Urtelssprüchen des Prätors zweckmäfsige Versuche einer Vervollständigung der Gesetzgebung fordern. Aber auf unsere Verfassung, Richter und Gerichtshöfe pafst dies alles nicht: es kann bei uns von einer richterlichen Vervollständigung der Gesetzgebung keine Rede mehr seyn — die Gesetzgebung allein kann dieses bey uns thun.

---

*) Vergl. Hugo Rechtsgeschichte §. 106. 107.

Hieraus ergiebt sich dann auch, dafs der Widerspruch, den Zachariä *) in den Vorschriften des römischen Rechtes über die Interpretation findet, gänzlich ungegründet ist. „Das römische Recht“, sagt er a. a. O. „behält zwar in einigen Stellen die Auslegung „der (dunkelen) Gesetze ausschliefsend dem „Gesetzgeber vor (*const. tanta* §. 31. *de confirm. digest. l.* 1. und *l.* 9. *Cod. de legibus*; „allein, so wie es in anderen Stellen (*l.* 10. „13. *de legibus*) der entgegengesetzten Meinung beitritt, so stimmte auch die Praxis „mit dieser letzteren vollkommen überein.““ Was von einer den Gesetzen zuwiderlaufenden, wenn gleich allgemeinen Praxis zu halten ist, bedarf hier keiner weiteren Ausführung.

2) *l.* 17. und 18. *D. eod.* „*scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*“ — „*benignius leges interpre-*

---

*) in dem eben angeführten Werke S. 164.

tandae sunt, quo voluntas earum conser-
vetur" In der ersteren Lex ist keines-
wegs von einer Extensivinterpretation die Rede, sondern davon, dafs man mehr als die Worte eines Gesetzes auswendig wissen, nämlich den Sinn der Worte nach ihren verschiedenen Bedeutungen, den wahren oder passenden Wortverstand philologisch sich zu eigen machen solle. Eben hieraus erklärt sich zugleich eine andere Stelle, welche man gewöhnlich nicht anführt: *l.* 40. *D. de heredit. petit.* „*illud, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, qua petiit, restituta esset hereditas;*" *interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint, damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta*

hereditate distraxisse ea — et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. Die Anfangsworte dieser Stelle, raisonnirt Paullus, könnten, schlechtweg genommen, auch von dem Falle verstanden werden, dafs, wenn die fremde Sache beim Besitzer in gutem Glauben zufälligerweise umkommt, dieser dem wahren Eigenthümer dafür haften müsse, vorausgesetzt, dafs sich bei diesem das Unglück an der Sache nicht ebenfalls ereignet hätte: allein sie sprechen auch, wie sie da liegen, den Sinn aus, dafs ein Besitzer durch die Litiscontestation dem wahren Eigenthümer nicht nach dem Maasstabe dessen, was er selbst, sondern nach dem,

was der wahre Eigenthümer — actor — aus der Sache, falls er sie besessen, z. B. an Früchten beziehen gekonnt hätte, verhaftet wird; die Worte sind also wahrhaft zweisinnig — hier ist es Pflicht des Interpreten, ohne von dem Wortverstande abzuweichen, vermittelst der Declarativinterpretation den wahren Sinn derselben aufzufinden; so verfuhr Paullus, es war ihm leicht, den letzten Sinn als den eigentlichen zu erkennen, indem der erste anderen Gesetzen, welche den gerichtlich belangten Bonaefideibesitzer, der mithin auch nicht in mora ist, von der Prästation des Unglücksfalles befreyen, namentlich *l.* 45. *D. de rei vindicat.* und *l.* 15. §. *ult. D. eod.* entgegen wäre . . . Eben dieses nun ist auch der Sinn *legis* 18. cit.: „man solle nämlich den gelindesten Wortverstand der Gesetze im Zweifel annehmen, denn dafür sey die Vermuthung.

3) *l.* 29. *D.* und *l.* 5. *Cod. de LL.* „*in fraudem legis facit, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit,*“ — *non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem* — — allein auch hierin ist keineswegs gesagt, dafs der Interprete von dem einzig sicheren Kennzeichen, der Sprache nämlich, abweichen dürfe; beide Stellen sagen nur so viel, als: die Worte können vielsinnig seyn, und nur ihr wahrer Sinn kann als Gesetz gelten.

4) *l.* 90. *D. de regul. juris. l.* 91. §. 3. *D. de verbor. obligat. l.* 8. *Cod. de judic.* — wohl die schwierigsten Stellen — „*in omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit*“ — *sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit? Et quidem si effecerit*

promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora? Et Celsus adolescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo; in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose eratur — et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur; nam dum quaeritur de damno et par utriusque caussa sit; quare non potentior sit, qui teneat, quam qui persequitur? „— placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris, rationem“ — — Sollte wohl hier unter dem Ausdruck: *aequitas* — das, was man im gemeinen Sprachgebrauche Billigkeit oder mil-

des Richtergutdünken nennt, verstanden seyn? — Nach dieser Erklärung wäre ja der vagen Willkühre eines jeden individuellen Richters Kraft der Gesetze sogar Thor und Thür geöffnet: wenn es nun aber von der römischen Gesetzgebung gar nicht zu erwarten ist, dafs sie allgemeine Grundsätze aufstellt, welche sie selbst und das Staatsverband augenscheinlich untergraben, so müssen wir aufsuchen: ob nicht die Römer unter *aequitas* sich etwas ganz anders vorstellten?... Sie könnten sich ja wohl auch die dem Staatszwecke und einer guten Gesetzgebung so sehr entsprechende Gleichheit der Rechte darunter gedacht haben: zu meiner grossen Freude finde ich würcklich, dafs einer der ausgezeichnetsten Rechtsbearbeiter unserer Zeit von dieser Ansicht ausgieng, wenn er schrieb:

„man muſs sich unter *aequitas* nur „nicht das Ablassen vom strengen „Rechte aus Grosmuth oder Barm„herzigkeit denken, denn keine Ob„rigkeit ist dazu da, auf anderer „Leute Unkosten grosmüthig und „barmherzig zu seyn: sondern es ist „immer *aequum jus* gemeint, d. h. Jus„titz, die nach allgemeinen Regeln „(sie seyen nun geschrieben oder „nicht) dem Einen wie dem Andern „werden sollte — das Gewohnheits„recht kommt zwar mit der Moral „darin überein, daſs beydes nicht „ausdrücklich verordnet ist: in allem „Übrigen sind sie aber wesentlich „verschieden. *)

Noch mehr freuet es mich, diese zweckgemässe Ansicht mit einem Beispiele,

---

a) Hugo Geschichte des römischen Rechtes §. 114. note *)

welches uns der römische Juriste in *l.* 91. *cit.* vor Augen legt, unterstützen zu können — — es hatte Jemand einem Andern einen gewissen Sklaven zu geben versprochen, aber zur gehörigen Zeit, und zwar wegen schuldvoller Zögerung, nicht gegeben — nachher offerirte dieser bisher morose Debitor dem andern den Sklaven, indessen nahm ihn dieser nun nicht an und begieng gleichfalls *moram (accipiendi)* — bald darauf starb der Sklave — — war jetzt der einst morose Debitor von seiner Verbindlichkeit frey? der Juriste spricht: Ja — warum? weil beyde Theile *in mora* versirten — *quaestio est de aequo et bono — par utriusque est caussa* — — es heifst nun wieder schlechtweg: *debitor speciei liberatur interitu rei casuali . . .* — — Eben so ist es keinem Zweifel unterworfen, dafs Paulus in *l.* 90. *cit.* von Gleichheit der

Rechte verstanden seyn will — und ebenfalls schreibt *l.* 8. *Cod. cit.* vor, auf dieselbe ganz vorzügliche Rücksicht zu nehmen, ohne sich etwa durch falschgegriffene Grundsätze unter der Vorspiegelung des strengen Rechtes irre machen zu lassen: dahin zweckte auch der Zusatz *l.* 91. *de V. Obl. cit.* „*in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur*“ deutlich ab: übrigens dürfte sich auch gegen eine andere Erklärung *legis* 8, nämlich dafs das prätorische Recht dem älteren strengen Civilrechte im Collisionsfalle vorzuziehen sey, nichts erinnern lassen.

5) *L.* 32. *pr. D. de Legibus* „*de quibus caussis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est — et si qua in re hoc deficeret, tunc, quod proximum et consequens ei est — si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma*

utitur, *servari oportet.* Auch diese Stelle wird gewöhnlich zum Beweise der Interpretationsrichtigkeit nach dem Grunde des Gesetzes nicht angeführt — sie kann inzwischen manchen Richter, der nicht viel von der römischen Geschichte weifs, durch das: *quod consequens est* verlegen machen, und im Zweifel der ängstlichen Verlegenheit zu einem willkührlichen Vernunfturtel verleiten. Soviel ist gewifs, dafs Julian in der angeführten Stelle nicht von Streitfällen römischer Bürger untereinander spricht, sonst hätte er unmöglich das römische Privatrecht zur subsidiarischen oder letzten Entscheidungsquelle bestimmen gekonnt, für die eigentlichen *cives* war es begreiflich die erste — eben dieser letzte Zusatz beweist aber auch bis zur Evidenz, dafs unter dem *consequens legibus scriptis* oder *consuetudini* nicht Vernunftfolgerungen

nach Gründen gemeint sind — — Julian scheint mir von den mit Rom verbündeten Städten seiner Zeit zu reden, diese behielten ihre alten bisherigen Gesetze und Gewohnheiten bey so wie sie auch das Recht hatten, sich neue Gesetze zu machen; das römische Recht galt für sie nicht direct, mit Ausnahme derjenigen Gesetze, denen sie sich aus freiem Willen unterworfen hatten, (*populus fundus factus est hujus vel illius legis*): war nun unter den Gliedern solcher verbündeten Städte — *Socii latini* — ein Rechtsstreit zu entscheiden, so war die erste Norm, worauf der Richter recurrirte, Ortsgesetz oder Ortsgewohnheit — hierauf folgte das Landesrecht — endlich das römische Recht als Hülfsrecht, *in subsidium*.

6) Endlich bezieht man sich häufig noch auf die prätorische Clausel: *si qua mihi justa caussa videbitur, in integrum*

restituram — — allein dieser Ausspruch des Prätors geht offenbar nur auf Thatumstände — diese soll der Richter zu dem Zwecke untersuchen, ob sie so geeigenschaftet sind, dafs sie dem darauf sich gründenden ansuchenden Theile die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren können? Dabei kommt Interpretation des Rechts nicht auf die entfernteste Weise in Betracht.

Es ist nun noch übrig, von der Interpretation einer grösseren oder zusammengesetzten Legislation kürzlich zu handeln — hierzu sind nämlich noch folgende Regeln sehr merkwürdig

I.) möglichstcoexistent suche man die einzelnen Gesetze zu erklären d. h. so, dafs keine Stelle der anderen widerspricht. Bey der Interpretation unseres römischen Gesetzbuches ist dieses freilich nicht durchgehends thunlich: aber

immer ist doch die stärkeste Vermuthung für die compatible Gültigkeit aller einzelnen Theile dieser wie einer jeden andern Gesetzgebung. Ein wichtiges Beispiel finden wir an der oben aufgeführten Paulus'schen Erklärung der Lex 40. *D. de hered. petitione.* Ein anderes glaube ich in der Theorie des Gewohnheitsrechtes (Abhandl. II.) durch eine nach historischphilosophischen Ansichten versuchte Consiliation der Stellen des Codex und der Pandecten über das Wesen der Gewohnheit niedergelegt zu haben.

II.) möglichstindividuell suche man zu interpretiren d. h. dafs man nicht die eine Stelle blos das wiederholen lasse, was schon in einer andern enthalten ist. Auch dieses ist jedoch bei unserer römischen Gesetzgebung nicht immer thunlich, wir finden darin hin

und wieder drey und mehrere Stellen von ganz gleichem Inhalte. Endlich

III.) universell oder systematisch interpretire man, d. h. so, dafs die einzelnen Gesetze unter gewisse allgemeine aus der ganzen Gesetzgebung, aber mit Sicherheit, erkennbare Obersätze geordnet, subsumirt werden. —

In der dritten Abhandlung eiferte ich sehr gegen die blos philosophische Behandlungsart des Rechtes, welche in unseren Zeiten, ich mögte sagen, herrschend zu werden schien. Herr Hofrath Feuerbach (Antrittsrede über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804.) hat ihren Ungrund und die Gefahr, welche damit verknüpft ist, aufs Gründlichste gerügt. Philologie und Philosophie, sagte ich, sollten, ohne jemals sich zu trennen, Hand in Hand gehen, beyde vereint würden zum sicheren Zwecke führen. So einleuchtend diese allgemeine Behauptung ist; so schwer wird ihre Anwendung in

der Aufklärung einzelner Lehren des Rechtes. In einigen wichtigeren Beispielen will ich jetzt versuchen, ob ich selbst nach meiner Vorschrift für die historisch philosophische Interpretation mit Nutzen thätig war? Nehme der geneigte Leser folgende zwey Probearbeiten mit Nachsicht auf.

IV.

Psychologischer Beweis der ausschliefslichen Richtigkeit des reinen Inofficiositätssystemes und dessen Berichtigung.

Einstimmig wird der Pflichttheil als eine Schuld characterisirt, von welcher den Erblasser eine rechtlich hinlängliche und erweisliche Beleidigung oder Undankbarkeit des Pflichttheilsberechtigten gegen ihn befreit. Der Natur der Sache nach scheint also eine vernünftige Gesetzgebung die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Pflichtwidrigkeitsquerel vorzüglich von der Unwahr-

heit oder Wahrheit einer rechtlich erheblichen Beleidigungsursache abhängig machen zu müssen. Wirklich spricht auch dieser Geist aus unserer römischen Legislation an: aber beide Parteien, sowohl die Anhänger der Nullität des neuen Rechts als die Vertheidiger des Inofficiositätssystemes haben ihn in den Worten der Nov. 115. nicht entdeckt. Der hier zu entscheidende Streit betrifft zunächst die Frage: ob das Testament, worin der Testator einen pflichttheilsberechtigten Notherben (in Ansehung der Geschwister ist kein Streit) ohne Anführung einer rechtlichen Beleidigungsursache vom Pflichttheile ausschliefst, nach neuem Rechte null, oder inofficiös ist? die von beiden Theilen angeführte Nov. 115. Cap. 3. sagt: *sive igitur omnes memoratas ingratitudinis caussas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel*

nominatas caussas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum habere suam firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur.“ Aus der Allgemeinheit dieser Worte schliefsen nun diejenige, welche sich für das auch meiner Einsicht nach richtige reine Inofficiositätssystem bekennen, dafs die Inofficiositätsklage für alle unter den allgemeinen Ausdrücken begriffene Fälle gesetzlich bestimmt sey — die Anhänger der Nullität des neuen Rechtes hingegen *) lassen blofs dann

---

*) Dahin gehören auch Höpfner und Waldeck im Titel: *de inoffic. testam.* . . Ausser

die querela inofficiosi zu, wenn eine rechtlich erhebliche Beleidigungsursache im Testamente ausgedrückt, aber nicht erweislich ist: sie sagen: Von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Beleidigung ist die Inofficiositätsquerel abhängig, und blos darauf ist sie berechnet; aber die Unterlassung der Angabeeiner rechtlichen Beleidigungs-

---

dem reinen Inofficiositäts- und dem Nullitätssysteme des neuen Rechtes hat man noch drei andere Systeme über diese Lehre welche ebenfalls unrichtig und widerlegt sind, bei weitem aber das Aufsehen nicht machen, wie das Nullitätssystem des neuen Rechtes. Man findet sie sämmtlich in Koch's *bonorum possessio.* Giessen 1799. aufgezählt — Von allen abweichend ist Waldeck darin, dafs er selbst durch den Verlafs eines Legates die Querel ausgeschlossen glaubt (s. dessen comp. inst. §. 459.) — Dies wäre mithin ein sechstes System, welches aber am Ende dieser Abhandlung ausführlich widerlegt werden soll.

ursache im Testamente begründet nicht diese, sondern die Nullitätsquerel des neuen Rechtes, denn die Anführung einer Ausschliessungsursache gehört offenbar zu der im Novellenrechte vorgeschriebenen Form der Ausschliefsung, und was gegen die Form ist, ist nach *l.* 5. *C. de LL.* null . . . Freilich gewinnt das reine Inofficiositätssystem schon durch die blosse Ansicht der Nov. 115. viel; indessen wird es erst dann dem Nullitätssysteme des neuen Rechtes gar keinen Hintergrund mehr zurückelassen, wenn sich deutlich zeigen läfst, dafs der ganze Geist dieser Novelle ausschliefslich auf Inofficiosität berechnet, und nach eben diesem Geiste die Anführung einer rechtlich erheblichen Beleidigungsursache nichts weniger als formell ist. Innere Rechtsgeschichte und Philosophie stellen diesen Beweis vollkommen her, und sie scheinen beide mit vereinten Kräften dem

ohnehin verworrenen Nullitätssysteme des neuen Rechtes den Tod zu bereiten.

Die Inofficiositätsquerel ist lediglich durch die Wahrheit oder Unwahrheit einer rechtlich erheblichen Beleidigungsursache bedingt — vollkommen wahr — Aber die gekränkte Sensation, das beleidigte Gefühl ist an und für sich blofs innerlich, von der gröfseren oder geringeren Empfindsamkeit des Beleidigten abhängig, und dem äusserlichen Beobachter desselben nie mit Zuverlässigkeit und meistens gar nicht erkennbar. Noch weit weniger ist es an und für sich ein Gegenstand der Aussenwelt und der äusserlichen Beobachtungssphäre, ob der Beleidigte die ihm zugefügte Kränkung dem Beleidiger wieder verziehen hat oder nicht? Beide Punkte bleiben, so lange der Gekränkte nicht äusserlich seine desfallsigen Gesinnungen erklärt hat, auch dem forschendsten Blicke des Dritten, ein undurchdringliches Geheimnifs — und doch ist es gerade diese an und für

sich geheimnifsvolle individuelle Beleidigung, es ist gerade die durch undankbares Benehmen des Pflichttheilsberechtigten gekränkte, aber an und für sich der Gesetzgebung sowohl als dem Richter unerforschliche Sensation des ausschliessenden Testators, welche die Unstatthaftigkeit der Inofficiositätsklage grofsentheils bedingt. Mag der eingesetzte Erbe immerhin das schlechte Benehmen des ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten gegen den Testator noch so mannigfaltig darthun, mag er den Ausgeschlossenen des gröbsten Vergehens gegen seinen Erblasser überführen, mag er hierdurch den Richter selbst als Menschen gegen den Ausgeschlossenen noch so sehr einnehmen; hat er hiermit auch gezeigt, dafs der Testator beleidigt war? hat er erwiesen, dafs derselbe, wenn er sich auch anfangs würklich beleidigt fand, das undankbare Benehmen dem Beleidiger, der zumal sein naher Blutsfreund ist, nicht wieder, vielleicht noch kurz vor seinem Tode, verzieh? Gewifs nicht!

Aus diesen Gründen forderte dann schon die ältere Gesetzgebung ganz vernünftig, dafs der Testator wenigstens im Allgemeinen das schlechte Benehmen des Ausgeschlossenen gegen ihn im Testamente ausdrücklich rügte, und ohne diese ausdrücklich im Testamente enthaltene Aeusserung achtete sie eben so vernünftig allen Beweis des Eingesetzten über das inhumane Verhalten des Ausgeschlossenen gegen den Testator für unzulässig und unnütze *). Aber zur Zeit findet man noch keine gewisse Beleidigungsgründe gesetzlich bestimmt, welche nur allein für erheblich zu achten waren, wenn schon vielleicht die *res judicatae* einigen ausgezeichneten Ursachen

---

*) *l.* 30. *Cod. de inoff. testamento* „*cum eos scilicet ingratos circa se fuisse dixerit testator — nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujusmodi quaestionem introducere.*“ . . — Eine sehr interessante Stelle, welche mir gerade Justinian's Novelle 115. psychologisch erklärte, aber bisher, so viel ich weifs, ganz unbenutzt geblieben ist.

den Character der Erheblichkeit rechtlich zugesichert hatten — ein weiter Spielraum blieb noch immer in dieser Hinsicht sowohl der sich gekränkt fühlenden Sensation des Erblassers als dem entscheidenden Spruche der Richterstühle offen — weder jener noch diese waren an bestimmte Ursachen gebunden, und es war demnach eine handgreifliche Lücke der Gesetzgebung, dafs dem Testator nicht wenigstens die specielle Angabe eines Beleidigungsgrundes im Testamente vorgeschrieben ward. So blieb es dann auch bis zur Nov. 115. Hier glaubte Justinian einer vielleicht übertriebenen Empfindlichkeit der Testatoren und zugleich der vagen Richterwillkühre für die Zukunft bestimmte Schranken setzen zu müssen, die Festsetzung gewisser ein für allemal bestimmter rechtlich hinlänglicher Beleidigungs- oder Ausschliessungsursachen schien ihm eine wichtige Aufgabe der Legislation; er erforschte also seinen besten Einsichten nach das nach

allgemeinen Naturgesetzen rechtmässig empfindsame Aeltern- und Kinder-Herz, und nach diesen von ihm aufgefundenen Naturgesetzen stellte er die bekannten 14 und 8 Ursachen fest, welche nur allein zur Ausschliessung der Notherben erheblich seyn und erachtet werden sollten. Hiernach war es nun auch nicht mehr genug, wenn der Testirer blofs im Allgemeinen erklärte, der Ausgeschlossene habe ihn beleidigt — Nein — er sollte nun auch jedesmal eine der gesetzlich bestimmten Ursachen im Testamente speciell benennen, wodurch er sich vom Ausgeschlossenen gekränkt erachtete.

Jetzt mögte das Nullitätssystem schon in den letzten Zügen liegen; aber ganz werden seine hartnäckigen Vertheidiger noch nicht die Waffen strecken, sie werden vielmehr noch immer sagen: die Philosophie der Gesetzgebung fodert nicht gerade die ausdrückliche specielle Anführung einer der im No-

vellenrechte festgesetzten Ursachen, sondern es genügt, wenn der Eingesetzte unter die vom Testator geschehene allgemeine Angabe der ihm zugefügten Beleidigung eine aus jenen speciellen Ursachen im Beweisverfahren subsumiren kann: jene Vorschrift bezielt mithin eine reine Formalität. Doch auch diese letzte Wehr soll ihnen nichts frommen. Schon oben erinnerte ich, dafs es eine Lücke der älteren Gesetzgebung war, nur eine allgemeine Angabe der Beleidigung vom Testator zu verlangen — es fällt ja so ziemlich in die Begriffe, dafs bey einer solchen allgemeinen Angabe der Eingesetzte eine Ursache erweisen kann, welche gerade gar nicht den Testator gekränkt, oder die er längst seinem Blutsfreunde wieder verziehen hatte; und im Gegentheile ist vielleicht gerade die Ursache, welche den Erblasser würklich gekränkt, und welche er auch nicht wieder verziehen hatte; blos einbilderisch, nicht erheblich; und so würde dann stets zu

befürchten seyn, dafs dem Erblasser eine Empfindlichkeit vom Richter angedichtet werde, von welcher derselbe gar nichts wufste, und dem Ausgeschlossenen, dem die wahre, aber unerhebliche, Empfindlichkeit des Testators nicht schaden konnte, durch die demselben angedichtete Empfindlichkeit häufig das höchste Unrecht zugefügt werden. Hört man wohl nicht auch noch in unsern Tagen heilbesorgte Aeltern sprechen: dafs mich mein Sohn da und da derb ausgeprügelt hat, das war nichts Grosses, und das habe ich schon ein Andersmal wieder wettgemacht; aber dafs er zu einer anderen Religion übergieng, das kann ich ihm nicht verzeihen, und dieserwegen will ich ihn hiermit enterben — — dafs meine Tochter in ihrer Jugend der Natur folgte und sich gerne Jedem preisgab, das machte nichts, das war jugendlicher Leichtsinn; aber dafs sie einen Mann von einer andern Religion geheurathet hat, das ist sträflich und darum

soll sie enterbt seyn. Diefs alles scheint mir wenigstens Justinian in vollem Umfange ausgedrückt zu haben durch die Schlufsworte: „*ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur:*“ und wenn daher der Kaiser die ausdrückliche Anführung einer speciellen rechtlich bestimmten Ursache vom älterlichen oder kindlichen Testator verlangte, so hat er offenbar hierdurch mehr psychologische Einsichten geäussert, als die Vertheidiger des Nullitätssystemes des neuen Rechtes in der Justinianeischen Gesetzgebung suchen zu müssen glauben; und nur zu bedauern ist es, dafs Justinian nicht auch in Ansehung der Geschwister die Lücke des älteren Rechtes ausfüllte.

Nun erst berufe ich mich noch auf die deutlichen allgemeinen Worte der angeführten Novelle *Cap.* 4. „*siquid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus et tuto-*

rum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium: hoc nullo modo volumus valere: Bekanntlich fielen ehemals wegen des *coloris insaniae* durch die Inofficiositätsklage alle Verordnungen des Testamentes sammt und sonders übern Haufen: dieſs soll nach dieser Novelle nicht mehr so seyn, nach dieser Constitution soll fernerhin nur das Testament im eigentlichen Sinne oder die Erbeinsetzung umfallen, alle andere Stücke der letzten Willensverordnung hingegen bei Kräften bleiben — — noch ein Beweis, daſs die Nov. 115. bloſs von der Inofficiositätsquerel spricht, nichts anders als die noch zu wenig vollkommene Natur der im älteren Rechte aufgekommenen und schon längst constitutionirten Pflichtwidrigkeitsklage mehr auszubilden beabsichtete, aber nicht entfernt über einen ganz neuen Gegenstand, wie doch die *querela nullitatis juris novi* wäre, sanctioniren wollte.

Ein wesentliches Erfordernifs zur Statthaftigkeit der *querela inofficiosi* ist dieses, dafs der Ausgeschlossene *inique exclusus* ist – wann ist er nun dafür zu achten? dies ist das Resultat der bisherigen Entwickelung – hier irren noch die beiden Theile — die für das Inofficiositätssystem Gesinnten sagen: I.) wenn der Testator seine Aeltern oder Kinder ausgeschlossen hat, entweder ohne eine oder ohne eine rechtlich erhebliche Ursache anzuführen, oder mit Anführung einer zwar rechtlich erheblichen, die aber der eingesetzte Erbe nicht erweisen kann; II.) wenn er seine pflichttheilsberechtigten Geschwister ausgeschlossen hat, und der Erbe keine erhebliche Ursache der Ausschliessung gegen dieselbe erweisen kann. Die Vertheidiger der Nullität des neuen Rechtes hingegen sagen mit Waldeck: *sunt inique exclusi* 1) *liberi et parentes, si justa causa legitimo modo factae exclusionis testamento inserta a scripto herede probari nequeat:*

2) *fratres sororesque, si immerentes quovis modo a legitima ipsis debita exclusi sunt.*

Besser wäre es also, wenn man sagte: Unbillig oder pflichtwidrig ausgeschlossen ist der Plichtheilsberechtigte, wenn der eingesetzte Erbe das schlechte Benehmen des Ausgeschlossenen gegen den Testator entweder nicht erweisen kann, oder nicht einmal erweisen darf. Dieses Letztere tritt in Ansehung pflichttheilsberechtigter Descendenten und Ascendenten schon dann ein, wenn der Testator keine oder keine rechtlich erhebliche Beleidigungsursache im Testamente speciell angeführt, bei Geschwistern aber erst dann, wenn er auch nicht einmal im Allgemeinen seine Empfindlichkeit wegen ihres undankbaren Benehmens gegen ihn darin geäussert hat: dabei versteht sich auch von selbst, dafs der eingesetzte Erbe jedesmal gerade die Ursache, welche der Testator speciell angeführt hat, selbst gegen die Geschwister beweisen mufs, indem der

Beweis einer andern Ursache in solchen Fällen so viel als nichts wäre.

Ist es wohl aber nicht genug, dem Pflichttheilsberechtigten ein Legat im Testamente verlassen zu haben, damit derselbe die Pflichtwidrigkeitsklage nicht anstellen kann? Ganz ohne Einschränkung verwirft sie Waldeck a. a. O. *quovis titulo relicta portione legitima* — §*phus* 6. *Instit. de inoff. testam.* soll dieses beweisen. Hierin heifst es: *igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit: sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis caussa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur.*“

In Ansehung der Geschwister hat Waldeck vollkommen Recht, denn diese sind keine Notherben; aber sobald die Gesetzgebung die Notherbenqualität einführte, mufste auch der Pflichttheil allen mit jener Eigen-

schaft versehenen Personen nothwendigerweise unter dem Erbentitel verlassen werden. Das Gesetz fordert vom Erblasser 1) dafs er dem Notherben als Pflichttheilsberechtigten den Pflichttheil zuwende — zugleich 2) dafs er denselben zum Erben einsetze — — Unsinn wäre es im höchsten Grade, wenn die Gesetzgebung die Nothwendigkeit des Pflichttheilsverlasses mit der der Erbeinsetzung nicht amalgamirt, und durch eine solche unzweckmäfsige Trennung einen gedoppelten Zwang einem Testator in Betreff seiner Notherben aufbürden gewollt hätte! An so etwas dachten weder die alten Juristen noch der Kaiser Justinian.

Offenbar gründete sich die Inofficiositätsquerel auf diese Amalgamation schon im Pandectenrechte. Damals schon waren die sui und emancipati Notherben; mehr als den Pflichttheil sollten sie freilich nicht, aber doch unter dem Erbentitel denselben fordern können, wiewohl die Einrechnung der Le-

gate etc. in die Ergänzung der ihnen unter dem Erbentitel zugewandten mindesten Pflichttheilsportion nicht ausgeschlossen war. An Beweisstellen hierzu fehlt es nicht: so sagt Marcellus

l. 3. *D. de inofficioso testamento*: „*inofficiosum testamentum dicere, hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit* (Diefs kann sich nur auf die Notherben beziehen.) — *quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt* *).

Gleichen Inhalts ist der Institutionentext

pr. Instit. de inofficioso testamento „*quia plerumque parentes sine caussa liberos suos exheredant vel omittunt: inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut ini-*

---

*) Diefs zur Vergleichung mit Waldeck §. 400. und zu Höpfner: §. 473. n. 10.

que se exheredatos aut inique praeteritos" "

Und was will Justinian in Nov. 115. cap. 3. princ. durch die Worte

„*Sancimus non licere penitus patri vel*
„*matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae*
„*suum filium vel filiam vel caeteros libe-*
„*ros praeterire aut exheredes in*
„*suo facere testamento, nec si per quam*
„*libet donationem vel legatum vel fideicom-*
„*commissum vel alium quemcunque modum*
„*eis dederit legibus debitam portionem*
„*etc.*" " "

anders, als eine Bestätigung des alten Rechtes vortragen, nämlich es sey nicht genug, den Notherben ihren Pflichttheil auf jede Weise zu verlassen, sondern man solle ihnen denselben *titulo honorabili* zuwenden.

Vernünftigerweise sind also die Notherben nur Notherben auf den Pflichttheil... Noch Eins — welche Klage würde Waldeck nach seiner Ansicht statuiren, wenn über folgen-

des Testament ein Streit entstünde: Meinen Sohn X enterbe ich, weil er von so mannichfaltigen äusserst singulairen Ideeen niemals abzubringen war, und bei Gelegenheit solcher Debatten mich (da und da) im höchsten Grade injuriirte: inzwischen will ich ihm doch tausend Thaler mehr, als sein Pflichttheil beträgt, vermachen, weil er so viele Gesetze aus dem Corpus juris anzuführen wuſste?

Was ist aber von §. 6. *Instit. de inoffic. testam.* zu halten *)? Sehen wir zu, ob er nicht als Theil der Lehre von der Imputation in den Pflichttheil behandelt werden muſs — dem Pflichttheilsberechtigten, welchem ein ganz kleiner Theil seines Pflichttheiles verlassen

---

*) Die von Höpfner a. a. O. angeführten l. 29. C. de inoff. testam. und l. 17. Cod. de collat. sind in demselben Geiste zu verstehen, wie §. 6. Inst. de inoff. test. . . . Ob die Schenkung von Todeswegen des Pflichttheiles die Querel im alten Rechte wegen eines stillschweigenden Vertrages, nicht weiter zu queruliren, hinderte? war unter den alten Juristen streitig. S. die angeführte Stelle aus Marcellus und Ulpian l. 8. §. 6. D. de inoff. testam. Justinian hat den Streit in l. 35. §. 1. und 2. Cod. cit. entschieden.

ist, wird so manches zum vollen Pflichttheil aufgerechnet — Legate, Fideicommisse, Dote und Widerlage (*vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur*) — Alles das wird in den Pflichttheil imputirt — — Hätte demnach der als Erbe eingesetzte Notherbe etwa vermittelst dieser Imputation seinen vollen Pflichttheil, so soll er nicht queruliren können — auch soll er es nicht können, wenn eine ihm gemachte Schenkung unter den Lebendigen seinen Pflichttheil erfüllt, vorausgesetzt, dafs sie ihm unter der Bedingung der Einrechnung gegeben wurde, oder ihn zum Transacte mit den Erben seines Vaters, nicht queruliren zu wollen, vermogte. — Auch dem von Todeswegen mit der Quarte Beschenkten soll ein solcher Transact die Querel benehmen (*vel si quarta ei inter vivos vel mortis caussa donata fuerit, in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio*, nämlich *l.* 35. §. 1. *in fine* und §. 2. *Cod. de inoff. test.*), aber nicht *legitima quovis titulo relicta.*

V.

CULPA

oder

das Recht der Entschädigung für Verletzungen durch Versehen.

Ein ganz vorzüglicher Werth einer Gesetzgebung liegt bekanntlich in der sorgfältigsten Trennung der gesetzgebenden Function von der richterlichen und in der möglichsten Verbannung aller Willkühr des Richters im Rechtsprechen. In diesen Hinsichten sein Gesetzbuch durchaus dem Ideale möglichst zu nähern bleibt gewifs ewig jedem Gesetzgeber sehr schwer — am schwierigsten wird aber unstreitig diese Aufgabe alsdann, wenn es der Bestimmung des äusseren rechtlichen Einflusses innerlicher Verhältnisse des menschlichen Gemüthes gilt: je tiefer sie

dem Auge der Forschung verborgen liegen, und je mehrere Geschäfte sie etwa umschlingen, mit desto gröfserer Schärfe mufs die Gesetzgebung den Richter an äussere Beobachtungsmerkmale binden.

So steht das Versehen, die Unachtsamkeit des menschlichen Herzens, die Quelle so unermefslich vieler Beschädigungen, in ihrem grenzenlosen Einflusse auf des Bürgers Thun und Lassen vor den Augen des Gesetzgebers zu seiner rechtlichen Bestimmung. Fast alle denkbare Rechtsgeschäfte, fast alle Verhältnisse der Coexistenz fordern hierüber sichere Entscheidungsnormen vom Gesetzgeber — psychologische Untersuchungen soll er dem Richter abschneiden, nach leichteren und zuverlässigeren Erscheinungen der Aussenwelt soll er dessen Urteil im Voraus festsetzen.

Die Unachtsamkeit hat allerdings Grade: hier entdeckt die vernünftige Reflexion, dafs der Unfall dem Leichtsinn auf der

Stelle folgte und folgen mufste; während dort das begangene Versehen nicht sogleich denselben erzeugte, etwa noch mittlerweile durch bessere Thätigkeit abgewendet werden konnte — hier sieht der Gesetzgeber, dafs der Unachtsame gar nichts beim Geschäfte gewinnen konnte, blos aus Gefallen und um seinem Mitbürger zu nutzen, auch etwa aus Amtspflicht, demselben sich unterzog; dort zeigt sich theils beiderseitiger Vortheil aus dem Geschäfte, theils der ganze Vortheil daraus auf Seiten desjenigen Theiles, der aus Unachtsamkeit dem Andern schadete — — hier ist ein blofses Versehen ohne positives Factum, nur durch die Concurrenz äusserer mifslicher Umstände schädlich geworden; dort hat der beschädigende Theil ohne Überlegung durch sein positives Handeln unmittelbar geschadet — hier erfordert die Natur des Geschäftes eine fleifsigere Administration und deren Übernahme, dort nicht — endlich erscheint der Schade des totalen Verlustes

der Sache für den beschädigten Mitbürger weit drückender als die blofse Deterioration derselben.

Alle diese Modificationen des Verlustes durch Versehen lassen keinen Zweifel übrig, dafs sie eben so wenig nach einerlei Grundsätzen behandelt werden dürfen, als die Vorschrift der Gesetzgebung, alles Versehen ohne Ausnahme dem Beschädigten zu prästiren sich rechtfertigen liefse.

Sehr philosophisch scheint mir das römische Recht über alle diese Beziehungen disponirt zu haben, aber verschiedenartiger Gebrauch derselben Worte, Mangel an Übersicht und Combination der Gesetze, auch das nicht gefühlte Bedürfnifs der practischen Darstellung möglicher Fälle hemmten den Weg zur Erfindung der Wahrheit, welche gewifs nicht unergründlich ist.

Mit Evidenz glaube ich das unbefriedigende selbst der Theorie von Doneau, die zwar wider Verdienst ungekannt geblieben

ist, zu zeigen. Möge dann dieser Versuch wenigstens einen besseren Geist zur Übernahme einer höchstverdienstvollen Bearbeitung erwecken.

A.) Gemeine Theorie.

Vor Doneau schon hatte sich ein herrschendes System über die Lehre von der Culpa gebildet, welches man uns noch jetzt fast in allen Werken unserer Zeit, etwa mit unbedeutenden Veränderungen im Detail, vorträgt. Man unterschied *culpa* von *dolus*, und setzte ihren Character schlechtweg in der Unterlassung des nötigen Fleifses. Thun und Nichtthun behandelte man ganz nach einerlei Grundsätzen und nach den Eintheilungen des Versehens in Grobes (*culpa lata*), Mittleres (*culpa levis*) und Geringstes (*culpa levissima*) — Mufste der Beklagte nur *culpam latam* prästiren, so war er auch für seine positive und unmittelbar schädliche Handlung, Corruption oder

Vernichtung der Sache durch ein geringeres Versehen nicht verantwortlich. — Die *Lex aquilia*, die doch bekanntlich eine jede durch schädliches Versehen erzeugte positive Handlung vindicirt, paſste nach dieser Ansicht nur auf aussergeschäftliche Beschädigungen: auch wandte man diese wichtige Gesetzgebung nur auf die Verletzung solcher Sachen an, welche wahrhaft im fremden Eigenthume zur Zeit der Beschädigung standen (*rem alienam — domino —* nach *caput I.* und *III. legis aquiliae*): zerbrach z. B. der Verkäufer nach eingetretener Perfection des Kaufcontractes, jedoch von geschener Tradition, die verkaufte Sache, welche neben der seinigen zu Hause stand, etwa mit derselben aus einem ganz geringen Versehen, so muſste der Käufer den Schaden tragen, denn den Verkäufer lieſs man ohne Unterschied nur *culpam levem* prästiren . . . Die Begriffe von *culpa lata*, *levis* und *levissima* wurden durchaus mit der gröſsten Unbestimmt-

heit gegeben — sie wurden als Versehen, welche man von nachläfsigen, sorgsamen und höchstsorgsamen Hausvätern nicht erwartet, characterisirt. Die römische Terminologie konnte, wie sich von selbst versteht, nicht ungemodelt bleiben. Die Ausdrücke *diligentia et custodia* hielt man durchaus für eins, und mit ihnen wieder die *culpa levissima* durchaus für gleichbedeutend so wie man durch *culpa* das Thun und Nichtthun überall bezeichnet glaubte. Diefs Alles rechtfertigte man durch die *l.* 23. *D. de regulis juris* „„*contractus quidam dolum* „*tantum* (also auch *culpam latam l.* 1. §. 1. „*D. si mensor falsum modum*) *recipiunt*, „*quidam et dolum et culpam* (nämlich „*levem*) — *dolum tantum depositum et pre-* „*carium* — *dolum et culpam mandatum*, „*commodatum*, *venditum*, *pignori acceptum*, „*locatum item dotis datio*, *tutela*, *negotia* „*gesta: in his quidam et diligentiam*, „(nämlich *culpam levissimam*)““ in der Zu-

sammenstellung mit *l.* 5. §. 2. *in fine* D. *commodati* „ „ *commodatum autem solam utilitatem ejus continet, cui commodatur; ideo ab „hoc et culpam praestandam et diligentiam „*(d. h. *culpam levem et levissimam*)“ “ §. 5. *eod.* „*custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare*“ “ (nämlich *culpam levissimam*, denn *diligens custodia* und *diligentia*, konnten ja wohl eins seyn.)

Damit war inzwischen noch nicht Alles erklärt — man fand hin und wieder noch den Ausdruck: *praestare diligentiam quam in suis rebus* — so richteten die Gesetze den Socius, den Tutor, den Ehemann, den Communionsinteressent — wie half man sich hier? in einigen Stellen wurde der Socius auch schlechthin für *culpa* in Anspruch gesetzt (*l.* 23. *pr.* und *l.* 72. *pro socio*). Diefs ist die *culpa levis*, raisonnirte man, und beschlofs nun eine Unterabtheilung der *culpa levis in abstracto* und *culpa levis in concreto* — erstere wäre die mittlere Achtsamkeit, welche

jeder ordentliche Hausvater, letztere die, welche der Beklagte in seinen eigenen Geschäften leiste. Man vertiefte sich nun noch mehr — was bei einem nachläfsigen Menschen *culpa levis in concreto* war, könnte bei einem fleifsigeren *culpa lata* seyn — — sogar erfand man eine *culpa versutiae* und eine *culpa negligentiae.*

Die practische Anwendung dieser Grundsätze wurde schliefslich dahin bestimmt:

1) Überall werde *culpa lata,*

2) gewöhnlich auch die *culpa levis in abstracto* prästirt — nur

3) wenn aus einem Geschäfte auf den einen Theil aller Vortheil, auf den andern aller Nachtheil falle, stehe jener für die *levissima* sogar, dieser blofs für die *lata* ein —

4) der Socius, der Tutor, der Ehemann und der Communionsinteressent seyen nebst der *lata* nur

noch für die *levis in concreto* verantwortlich.

5) Stillschweigende Convention, für *culpa levissima* haften zu wollen, entscheide bei der *negotiorum gestio* u. a. m.

Diese Darstellung hat man abstrahirt aus *l.* 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. und 5. *l.* 18. *pr.* D. *commod. l.* 226. *l.* 213. §. fin. *l.* 223. *pr.* D. *de verbor. signif. l.* 1. §. 1. *Si mensor falsum modum. l.* 114. *de reg. juris l.* 10. l. 33. *pr. de administr. tut. l.* 36. *de reg. jur. l.* 1. §. 35. D. *depositi. l.* 8. §. 1. D. *ad leg. Aquil.* §. 2. *in f. instit. de oblig. quae quasi ex contractu l.* 72. *l.* 23. *pro socio*; unter dem Heere von Juristen, welche dieses System vertheidigen, stehen auch Höpfner *) und Waldeck **).

---

*) im Commentar Tit. *de obligationibus* §. 758 folg.

**) in compend. institut. Tit. *de oblig.* §. 597.

Aus meiner unten folgenden neuen Darstellung wird sich der Leser erst alle Irrthümer dieser gemeinen Theorie ganz klar vor Augen halten können — hier also nur einige Einwürfe dagegen, welche das Weitere ahnen lassen . . . Aus dem Kaufcontracte hat jeder Contrahent Vortheile, jeder sollte also dem andern nur für *culpa levis* einstehen, nicht für die *custodia*, *diligentia* oder nach der gemeinen Meinung *culpa levissima* — dann hätten aber Gajus und Paullus sehr Unrecht, denn beide machen den Verkäufer vor der Tradition zur *diligentia* und *custodia* tenent. *l.* 2. §. 1. *l.* 3. D. *de peric. et commodo rei vend.* — Aus dem Miethcontracte bezieht jeder Contrahens Vortheile, so wie auch aus dem Pfandcontracte: doch wird der Conductor in §. ult. *instit. de locat. conduct.* für *custodia*, *qualem diligentissimus paterfamilias praestat*, und der Pfandgläubiger in *l.* 13. §. 1. *D. de pignorat. act.* für *custodia* (nach der gemeinen

Theorie *culpa levissima*) verantwortlich gemacht — Der Ehemann soll nach der gemeinen Meinung für *culpa levis in concreto* stehen: wie wenn ein Minderjähriger, der noch nie seine Geschäfte verwaltete, am ersten Tage der Majorennität in die Ehe tritt, und nun gleich an den Dotalsachen durch Versehen einen Schaden thut — was für ein Versehen prästirt ein Solcher? Gilt dann auch Ulpian nichts, wenn er in *l.* 23. *de reg. jur.* und in *l.* 5. §. 2. *commod.* sagt, der Socius solle *culpam* (*levem*) prästiren? Der Socius soll *culpam levem in concreto* leisten — Ulpian, heifst es, macht ihn in den beiden ebenangeführten Stellen zur *levis* verbindlich, sicher meint er damit die *culpa levis in concreto* — es ist aber gar zu räthselhaft, was dann derselbe Ulpian dachte, da er vom Socius wieder an einem andern Orte die *custodia* fordert (*l.* 52. §. 3. *D. pro socio*)!!

Diese und mehrere andere ungeheure Blöfsen der gemeinen Theorie konnten dem

juridischen Forschungsgeiste des berühmten Doneau nicht entgehen — dieser versuchte sie in einer ausführlichen Darstellung von Grund aus zu stürzen, und eine ganz neue Theorie an ihren Platz zu stellen *).

B.) Doneau's Theorie.

Culpa lata und *levis* schienen diesem grofsen Juristen den rechtlichen Würkungen nach voneinander verschieden, eine von der *levis* unterschiedene *levissima* aber verwarf er durchaus; die *l.* 44. D. *ad legem Aquiliam*, die einzige Stelle im ganzen Corpus juris, welche den Ausdruck *culpa levissima* enthalte, glaubte er, spreche dadurch keine andere aus, als die *culpa levis*: gerade so seyen *culpa lata*, *magna*, *latior* und *diligens*, *diligentissimus paterfamilias*, wie *vis magna*, *vis major* in der Gesetzsprache gleichbedeutend. Zum Beweifs der Identität *culpae levis*

*) in commentar. juris civilis lib. XVI. cap. 7.

und *culpae levissimae* führt er an: das aquilische Gesetz vindicire beide, und bestimme doch den Begriff der culpa allgemein in dem *non providere quod a diligente provideri potuit* (*l.* 31. *eod.*) Die Identität der *culpa lata*, *magna*, *latior* ist ohnehin allgemein anerkannt, und in der That keinem vernünftigen Zweifel unterworfen. Dagegen läfst es sich allerdings bezweifeln: ob *diligens* und *diligentissimus paterfamilias* einerlei sind? Doneau liefert für die Affirmative folgende Gründe: 1) *diligens pater familias* heifse bei den Alten ein *homo frugi* (*l.* 11. D. *de peric. et commod. rei vendit.*), welchen Cicero (*lib.* 4. *quaest. Tuscul. omnia recte faciens in privatarum rerum administratione unum* — — 2) Gajus fordere in *l.* 18. *pr.* D. *commodati* vom Commodatar *diligentiam, quam diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*; Ulpian hingegen in *l.* 5. §. 5. D. *eod. custodiam diligentem*, wahrscheinlich ohne einander zu

widersprechen. — — 3) Der Pfandgläubiger und der Verkäufer würden in Ansehung der *diligentia* oder *custodia* (NB. Doneau hält auch diese Ausdrücke ganz gleichbedeutend) dem Commodatar von Ulpian und Paullus (*l.* 13. §. *ult. de pignorat. act. l.* 3. *de peric. et comm. rei vend.*) ganz gleichgesetzt; auf den Fall der Nichtidentität des *diligens* und *diligentissimus paterfamilias* würde sich demnach der Widerspruch der Gesetze noch weiter erstrecken — ja sogar 4) würde die auffallendste Absurdität daraus resultiren, der Conductor nämlich wäre zur geringeren Culpa tenent (*l.* 25. §. 7. *D. locati. §. ult. Inst. de locat. conduct.*), als der Commodatar (*l.* 5. §. 5. D. *commodati*).

Hiernach mufste aber Doneau nothwendigerweise die *diligentia*, so wie die *custodia* von der eigentlichen culpa gänzlich trennen; denn Gesetze, worin es heifst, *venit culpa, venit et custodia, venit et diligentia*, sind nichts Seltenes (vergl. *l.* 13. §. ult. *D. de*

pignorat. act. l. 23. *de reg. juris, l.* 5. §. 2. und 5. D. *commod.*) Einen andern Ausweg hatte er nicht . . . Er theilte demnach die *culpa lata* sowohl als die *levis* in zwei Abschnitte, *in faciendo* und in *non faciendo*: diese letztere bezeichnet er mit dem Namen *desidia ac negligentia* als Oppositum von *diligentia* — bei der *culpa lata* nimmt er übrigens auf diesen Unterschied keine weitere Rücksicht, weil diese überall ohne allen Unterschied prästirt werden müsse, bestehe sie *in faciendo* oder *in non faciendo.*

Sein Plan geht also auf die rechtlichen Würkungen der *culpa lata* und der *culpa levis in faciendo* und *in non faciendo.*

a) An der *culpa lata* erkennt er ein Versehen, welches man in seinen eigenen Geschäften nicht begeht (*l.* 32. *D. depositi*), und die äusserste Grenze derselben an dem Nichteinsehen was jeder einsieht (*l.* 232. *D. de Verb. Signif.*). Diese *culpa lata* hält er wie den *dolus* in allen

Fällen für einen unbedingten Grund des Entschädigungsanspruches (*l.* 1. §. 1. *Si mensor falsum mod.*)

b) Die *culpa levis* (*culpa* ohne Zusatz) ist ihm alles Versehen, welches man auch in seinen eigenen Geschäften gleichwohl zu begehen pflegt, aber doch gegen einen dritten nicht begehen darf (§. 1. *in fine Instit. de obl. quae quasi ex contr. nasc.* §. 3. *Instit. quibus mod. re contrah. obl. l.* 22. §. 3. *D. ad Sctum Trebell.*). Die rechtlichen Würkungen der *culpa levis* behandelt er nun nach dem Unterschiede, ob sie sich durch positives Handeln (*in faciendo*) oder durch Unterlassung (*in non faciendo* äussert. Nachdem er noch zur leichteren Interpretation bemerkt hat, in der gesetzlichen Zusammenstellung, — *praestare culpam et quam in suis rebus diligentiam*, sey unter *culpa* die *levis in faciendo* unter *diligentia* hingegen die *lata in non faciendo* zu verstehen, geht

er hiernächst auf die einzelnen Contracte über, in welchen auch *culpa levis* zu prästiren sey.

aa) Der Depositar, der Agrimensor, der Commodator zu ausschliefslichen Gunsten des Commodanten, und der Empfänger eines Precarium haften nach seiner Meinung ohne besondere Verabredung durchaus nicht für *culpa levis* sondern nur für die *lata* (*l.* 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 10. *Commod. l.* 1. *si mensor.*) Eben so der Particularfiduciarius, der keinen Vortheil dabei hat (*l.* 108. §. 12. *de legat. I.*)

bb) Alle andere Contrahenten macht er für *culpa levis* verantwortlich d. h. für jedes Versehen ohne Rücksicht der Grades und ohne Unterschied, bestehe es im Thun oder im Nichtthun. Nur in vier Geschäften fordert er nebst der *culpa*

levis in faciendo noch die *culpa lata in non faciendo*, namentlich vom Socius (*l.* 23. *de reg. jur. l.* 72. *pro Socio.* vergl. mit §. *ult. Inst. de societ*), vom Communionsinteressent (*l.* 23. *de reg. jur.* vergl. mit *l.* 25. §. 16. *famil. ercisc.*). vom Ehemann in Ansehung der Dotalsachen (*l.* 23. *de reg jur.* vergl. mit *l.* 17. *pr. de jure dotium*) und vom Vormund (*l.* 23. *de reg. juris* vergl. mit *l.* 1. *pr.* D. *de tut. et rat. distrah.*).

Zum Schlusse findet Doneau in den gesetzlichen Verordnungen über das Commodat und demselben ähnliche Geschäfte das Besondere, dafs der Commodatar in Fällen der Flut, des Brandes und anderer Gefahren unbedingt die fremden Sachen vor den seinigen sogar retten, und, sollte er diese vor jenen gerettet haben, dafür einstehen solle, also im Commodat und ähnlichen Geschäften ausnahmsweise mehr

prästirt werden müsse, als in anderen Contracten, welche *diligentiam* recipiren (*l.* 5. §. 4. *l.* 10. §. 1. *D. commodati. l.* 17. *pr. D. de praescript. verbis.*).

Nach dieser Theorie scheinen die meisten Gesetze des römischen Rechtes über die *culpa* vereinigt, aber doch scheint es nur so, und in der That ist es anders. Ich will vorerst nichts gegen Doneau zeigen, als dafs er die *diligentia* und *custodia* mit Unrecht für eins hielt. Am besten läfst sich diese Falschheit aus *lege* 23. *D. de reg. juris* beweisen — darin wird gesagt:

„*dolum et culpam (levem) recipiunt*
„*mandatum, commodatum, venditum,*
„*pignori acceptum, locatum, dotis da-*
„*tio, tutela, negotia gesta — in his*
„*quidam et diligentiam.*“

Mit dem Ausdruck *quidam* sind doch gewifs nur die wenigsten von den acht benannten Geschäften gemeint — Doneau versteht unter dieser *diligentia* soviel als

custodia, und unter beiden soviel als *culpa levis* (*seu levissima* nach seinen Ansichten) *in non faciendo* — diese *culpa levis* oder *levissima in non faciendo*, *diligentia*, *custodia* nach Doneau muſs doch geleistet werden 1) vom Mandatar (*l.* 21. *Codic. mandati vel contra*) 2) vom Commodatar (*l.* 5. §. 2. und 5. *l.* 18. *pr. D. commod. vel contra.*) 3) vom Geschäftsführer (§. 2. *Instit. de obl. quae quasi ex contr. nasc.*) 4) vom Verkäufer (*l.* 3. §. 1. *l.* 3. *D. de peric. et comm. rei vend.*). 5) vom Miethsmann (§. 6. *Instit. de locat. conduct.*) 6) vom Pfandgläubiger (*l.* 13. §. 1. *l.* 14. *D. de pignoratitia act.*) . . . Wollte demnach Ulpian in der angeführten *l.* 23. *de reg. jur.* unter *diligentia* soviel als *custodia* und unter diesen beiden die *culpa levis seu levissima in non faciendo* verstehen, so muſste er Statt *quidam — plurimi* sagen... Wäre die *diligentia* das, was *custodia* ist, wie könnte derselbe Ulpian sie wiederholt nicht vom Käufer, Miethsmann und Pfandgläubiger

fordern (*l.* 5. §. 2. *D. commodati vel contra.*)? — Und dann — wie reimt sich die *l.* 52. §. 3. *D. pro Socio* mit der terminologischen Erklärung Doneau's? Wenn es hierin heifst: *damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit: quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit etc.,*" " so ist nicht von *culpa in faciendo*, sondern von der *in non faciendo* die Rede — *custodia* soll nun *levis* nach Doneau seyn, und doch fordert er vom Socius nicht *legem in non faciendo*, sondern nur *latam in non faciendo!*

Ich erinnere hier noch, dafs diese Theorie meinem Plane weit näher kommt, als die gemeine: so viel ist inzwischen jetzt schon gewifs, dafs Doneau's Terminologie im Gan-

zen falsch ist: mag nun auch manches Resultat des Details vollkommen richtig seyn, so wird immerhin nur Zweifel den Zweifel verdrängen und wieder herbeiführen, so lange nicht die Principien, auf welche sich das Detail gründet, in ihrer historischen Zuverläfsigkeit und Combination entwickelt sind.

Alle eigene Theorien hier speciell zu erörtern, welche sich seit Doneau wieder bildeten, würde höchstunzweckmäfsig seyn. Die Werke seiner Vorgänger, sowohl grössere, wie das von Pufendorf*), als academische und andere kleinere, wie die von Zoller, Wagner, Runge, Nerger etc., benutzte neuerer Zeit Herr Assess. Wehrn**). Für das System ist durch dieses weitschweifige Werk gar nichts gewonnen, auch scheint dieses so wenig als die Herstellung einer zu-

---

*) de culpa. Lemgo 1748.

**) doctrina juris explicatrix principiorum et caussarum damni, habita ratione doli, culpae etc., praestandi. Lips. 1795.

verlässigen Interpretation in dem Plane des Verfassers gelegen zu haben. Manches hat er zwar mit den Resultaten Doneau's gemein, insonders die fehlerhafte Ausscheidung des *damnum injuria datum* von vertragsmäfsigen Verhältnissen. An eine Trennung der *diligentia* und *custodia* in ihren rechtlichen Würkungen hat er nicht gedacht.

Die compendiarische Darstellung Thibaut's *) ist gewifs meisterhaft, gründet sich aber durchaus auf die Exegese und Terminologie von Doneau.

Die Systeme meiner Vorgänger sind nun insgesammt historisch widerlegt — sämmtliche Beziehungen der Unachtsamkeit, des Versehens, so weit sie auf Rechtsbestimmungen Einfluſs haben, müssen nun dargestellt, und die Begriffe einer jeden Species von Culpa historisch gegeben werden — Die Be-

---

*) vergl. System des Pandectenrechts §. 230 fg.

weise hierüber sind mit der philosophischen Aufstellung und Erläuterung der practischen Grundsätze aufs Innigste verwebt — — ich schreite demnach zur Entwickelung des Details.

Der Staat soll des Bürgers Eigenthum und Ansprüche sichern — das Ideal hiervon, beständige höchste Sicherheit ohne alle Verletzung, ist der Erfahrung nach unerreichbar — darum mufs der Staat sein Mögliches thun, er mufs wenigstens auf Entschädigungen bedacht seyn, in so ferne diese nur auf irgend eine Weise zu erreichen sind. Freilich kann der eigentliche Zufall, das unabänderliche Geschick, keiner Gesetzgebung unterworfen werden, eben weil dessen Verhütung von Thätigkeit menschlicher Kraft nicht abhängt — Leiden und Verlust bringt der Zufall allerdings, aber eine wahre Verletzung des Eigenthumes bringt er nicht; darum an Ersatz derselben, an Entschädigung für den Druck des Zufalls, kein Gedanke...

Aber wenn der Bürger oder dessen Eigenthum die Ursache der Beschädigung des Eigenthums des Mitbürgers sind, da sind Entschädigungs-fähige Wesen vorhanden — und es hängt nun hier von der positiven Gesetzgebung ab, den Entschädigungszwang nach ihren besten Einsichten zu bestimmen.

Die Natur der Sache zeigt uns im Allgemeinen zweyerlei Möglichkeiten, aus welchen alle Veranlassungen wahrer Rechtsverletzungen resultiren — positive beschädigende Facta und Nichtabwendung vorherzusehender äusserer Umstände, welche Verderben bringen — unmittelbare und mittelbare Ursachen der Verletzungen durch Versehen; beide sind Gegenstände des Ersatzes, die Wage der Gerechtigkeit mufs sie nach bestimmten Maasstäben würdigen.

I.) Die Philosophie des Rechtes macht den Bürger unbedingt zur Entschädigung verhaftet, wenn er oder sein Eigen-

thum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers sind.

Vor der Beschädigung war der Zustand beider Mitbürger in Hinsicht dieser Beschädigung völlig gleich — darf diese, jetzt gestiftet, unersetzt bleiben, so hat eine schiefe Billigkeit die schändlichste Mifsgeburt der Ungleichheit des Rechts zur Welt gebracht, wir sehen nun das Recht dem Unrecht unterliegen — Es geschah nicht in der entferntesten bösen Absicht, dem vorsichtigsten Manne konnte es in meiner Lage und in diesen Umständen eben so gehen, höre ich den Beschädiger dem abgebrannten Unglücklichen zurufen — Gerne hätte ich mein Thier gehalten, wäre ich nur zu Haufse gewesen, nicht das mindeste Versehen kann man mir zur Last legen, schreit der gemeine Haufen — — Einerlei — das Eigenthum ist verletzt, der Eigenthümer ist ausser Schuld, eine schädliche Thätigkeit der Person oder des

Eigenthumes des Mitbürgers hat den Schaden gestiftet, diese Thätigkeit ist ohne Recht, sie vervortheilt das coexistirende Subject ohne Recht — soll das Verletzte unentschädigt bleiben, so erhält das Nichtrecht ein Übergewicht gegen das Recht des Eigenthumes, dem Bürger wird stillschweigend die Befugnifs ertheilt, durch unrechtliche Thätigkeit seiner Person und seiner Sachen den Ruin seines leidenden Mitbürgers zu stiften — — Wie, o Staat! du vereinigest die Glieder zum Zwecke der wechselseitigen Hülfe, zum blühenden Glücke des ganzen Körpers; und du solltest deinen Schutz dem Bedrängten versagen, du solltest ihn unthätig vertrauern lassen, ohne sein Verschulden — weil die thätige, aber unrechtliche Kraft eines Mitbürgers die seinige zerstörte! Die Gleichheit des Rechtszustandes, worauf der Bürger gegen seinen Mitbürger den gegründetsten Anspruch hat, und wofür du, o Staat! Ga-

rant geworden bist, sollte auf diese unrechtliche Weise ohne Noth gebrochen werden? Das sey ferne!

Die Römer hinterliefsen uns im Titel *de damno infecto* und im neunten Buche der Pandecten ihre philosophischen Satzungen über alle denkbare Schäden der Art — Wir wollen die Materialien sichten, und zu einem wissenschaftlichen Gebäude zubereiten.

a) Selbst das leblose Eigenthum des Bürgers soll mit Ausnahme zufälliger Beschädigungen dem Mitbürger unschädlich seyn. Sind Mobilien die unmittelbare Veranlassung eines nicht zufälligen Schadens, so ist jedesmal entweder ein vernünftiges Wesen dabei in Schuld, und dann haben ohne Rücksicht des Grades der Schuld Noxalklage oder aquilische Klage Statt — oder ein im Eigenthume stehendes Vieh war die Veranlassung, dafs die leblose Sache schadete: dann tritt die *actio de pauperie*

ein. Diese aus der Natur der Sache entnommene Abstraction bestätiget

l. 52. §. 2. D. *ad legem aquiliam*: „*in clivo capitolino duo plaustra onusta „malae ducebant; prioris plaustri mu- „liones conversum plaustrum subleva- „bant, quo facile mulae ducerent — in- „terim superius plaustrum cessim ire „coepit; et, cum muliones, qui inter duo „plaustra fuerunt, e medio exissent, „posterius plaustrum a priore percussum „retro redierat et puerum cujusdam ob- „triverat — dominus pueri cansulebat, „cum quo se agere oporteret? respondi, „in caussa jus esse positum: nam si mu- „liones, qui superius plaustrum sustinu- „issent, sua sponte se subduxissent, et „ideo factum esset, ut mulae plaustrum „retinere non possent, atque onere ipso „retraherentur, cum domino mularum „nullam esse actionem, cum homini- „bus, qui conversum plaustrum*

„*sustinuissent, lege aquilia agi*
„*posse; nam nihilo minus eum dam-*
„*num dare, qui, quod sustineret, mit-*
„*teret sua voluntate, ut id aliquem feri-*
„*ret, veluti siquis asellum, cum agitas-*
„*set, non retinuisset, aeque siquis ex*
„*manu telum aut aliud quid emisisset,*
„*damnum injuria daret: Sed si mulae,*
„*quia aliquid reformidassent, et muliones*
„*timore permoti, ne opprimerentur, plau-*
„*strum reliquissent, cum hominibus ac-*
„*tionem nullam esse, cum domino mu-*
„*larum esse (actionem de pauperie).“*
„*Quodsi neque mulae neque homines in*
„*caussa essent, sed mulae retinere onus*
„*nequissent, aut, cum conniterentur, lap-*
„*sae concidissent, et ideo plostrum cessim*
„*redisset, atque hi, quo conversum fuis-*
„*set, onus sustinere nequissent, neque*
„*cum domino mularum neque cum homi-*
„*nibus esse actionem.“ “ “*

Unter den Immobilien können nur fehlerhafte Gebäude oder deren Theile durch Einsturz das Eigenthum des Mitbürgers beschädigen — dagegen kann sich dieser im Voraus durch den Antrag auf *cautio de damno infecto* sicheren; thut er dieses nicht, so hat er seine nachherige Klaglosigkeit sich selbst beizumessen — nur noch Exception, d. h. Retention an den allenfalls auf seinen Boden bei Gelegenheit der Beschädigung hingefallenen Materialien des Nachbars steht ihm alsdann zu — war es ihm aber wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften oder wegen Kürze der Zeit unmöglich, Caution zu fordern, so kann er doch nachmals vom Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, in so ferne dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will.

Diefs lehren in ihrer Zusammenstellung

l. 6. D. *de damno infecto* „*evenit, ut*

„*nonnumquam damno dato nulla nobis*

„competat actio, non interposita antea „cautione; veluti si vicini aedes ruinosae „in meas aedes ceciderint.“ “ l. 7. §. 1. „eod. „Hoc edictum prospicit damno „nondum facto: de damno vero facto „nihil edicto cavetur.“ §. 2. eod. „unde „quaeritur, si, antequam caveretur, ae- „des deciderunt, an sit aliqua adversus „dominum actio? et Julianus respondit: „si dominus aedium, quae ruerunt, vel- „let tollere, non aliter permittendum, „quam ut — non solum de futuro, sed „et de praeterito damno caveret; quodsi „dominus aedium, quae deciderunt, ni- „hil facit, interdictum reddendum ei, „in cujus aedes rudera decidissent, per „quod vicinus compelleretur aut tollere „aut totas aedes pro derelicto habere.“ “ l. 9. pr. eod. „integra re unusquisque „cogitur aut de damno infecto cavere, aut „aedibus carere, quas non defendit; et „quod re integra custoditur, hoc non

„inique etiam post ruinam aedium
„praestabitur — denique (igitur) siquis
„propter angustias temporis, aut
„cum reipublicae caussa aberat,
„non potuerit damni infecti stipulari,
„non inique praetorem curaturum, ut
„dominus vitiosarum aedium aut damnum
„sarciat aut aedibus careat — sententiam
„hanc utilitas comprobat *).

b) Auch das lebende Eigenthum des Bürgers hat die römische Gesetzgebung dem Mitbürger möglichst unschädlich gemacht.

Richtete der fremde Sklave einen Schaden an, so war jedesmal entweder die Noxal- oder die aquilische Klage gegen den Eigenthümer gegeben.

Titt. Pand. de noxal. act. und *ad legem aquil. l.* 45. *D. locati.*

---

*) add. l. 9. §. 3. und l. 44. D. eod. vergl. Com. v. Bynkershoeck obs. jur. rom. IV. 10.

Insonderheit gehört hieher die schädliche Thätigkeit des fremden Viehes.

Wilde Thiere — *bestiae* — sollen nicht an Orten gehalten werden, wo Menschenzugang ist und so, dafs sie aller Vermuthung nach den Menschen sich nicht nähern können — handelt der Eigenthümer dagegen, so mufs er im ersten Falle sich gefallen lassen, für den Schaden, welchen sein Thier anrichtet, das Duplum als Privatstrafe zu erlegen, und nebstdem noch den Schaden zu ersetzen oder sein Thier abzutreten;

§. 2. *Instit.* „*si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*“

im zweiten Falle kann er deshalb mit der aquilischen Klage belangt werden; hat hingegen der Eigenthümer gar nichts gegen die gesetzlichen Vorschriften versehen, so mufs die Bestie, wenn sie anders schädlich werden soll, nothwendigerweise durch unvermuthliche Wildheit und Gewalt der Custodia des Eigenthümers entwischen; nun aber fällt

demselben keine Illegalität zur Last, und ohnehin nimmt auch mit dem ersten Tritte des Thieres zur Flucht sein Eigenthum ein Ende, für Schäden desselben haftet er nun auch nicht mehr:

l. 1. §. 10. D. si quadrupes fec. dic.

Zahme Thiere — *quadrupedes* — müssen dergestalt beobachtet werden, dafs sie vernünftigem Vermuthen nach nicht schädlich werden. Fällt die positive schädliche Thätigkeit des Viehes dem Eigenthümer wegen seines Versehens zur Last, so hat der Beschädigte die Aquilia gegen ihn *).

*) l. 1. §. 4. pr. D. h. t. steht nicht im Wege „*si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, etc. haec actio (de pauperie) locum habet*“ “ dafs ein solches Thier ohne Versehen des Eigenthümers, etwa selbst dem Führer oder Hirten, Schaden thut, läfst sich sehr wohl denken, selbst wenn zwischen des Ochsen Hörner nach alter Sitte Heu befestigt war.

l. 1. §. 4. in fin. D. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. l.* 1. §. 5. D. *eodem*

„ *Sed et si canis, cum duceretur ab alio quo, asperitate sua evaserit et alicui „ damnum dederit; si contineri firmius ab „ alio poterit, haec actio (de pauperie) „ cessabit et tenebitur, qui canem tenebat.*" " "

Hat hingegen das Thier ohne alles Versehen des Eigenthümers blos aus innerem Triebe der thierischen Natur geschadet, so ist das thierische äussere Würken entweder der Natur nach von der Art, dafs es schlechterdings das bürgerliche Eigenthum beeinträchtigen mufs; oder nicht. Das Weiden ist ein unzertrennlich mit Schadenzufügung verknüpftes Würken der thierischen Natur — dafür entschädigten die Zwölftafelgesetze nach Ulpian's Zeugnisse den Verletzten vermittelst der *actio de pastu*. Alle andere äussere Wirkungen des thierischen Triebes sind nicht absolut'

sondern nur zufällig beschädigend, d. h. können Schaden verursachen, aber unzertrennlich sind sie damit nicht verbunden — alle diese zufällig schädlichen Triebe der Thierheit bezeichnet Servius mit: *quando commota feritate* (durch die blofse unvernünftige Thierheit) *quadrupes nocuit*, und Ulpian, um sie noch besser vom Abweiden zu sondern, mit: *quando contra naturam pauperiem fecit* — und alle werden sie vermittelst der *actio de pauperie* vindicirt *). Doch ist es dem schuldlosen Eigen-

---

*) Ich kenne keinen unserer Interpreten, der nicht *damnum contra naturam* für *actus contra naturam* d. h. *contra consuetudinem naturalem generis* erklärt hätte. Alle stellen sie dem Abweiden noch tausend andere Beschädigungen *secundum naturam* zur Seite, und nun streiten sie sehr, welche Klage in dergleichen Fällen dem Verletzten gegen den Eigenthümer des schadenden Viehes zustehe? Die Billigkeitsliebhaber statuiren eine *actio in factum* — in neueren Zeiten verwirft man auch diese, und macht den Be-

thümer, der auch sein Eigenthum am Viehe nicht läugnete, erlaubt, dasselbe an Zahlungs

---

schädigten in dergleichen Fällen lieber ganz klaglos: „„Denn, heifst es, die Verfasser der Zwölftafelgesetze hätten zuerst den Grundsatz aufgestellt, ein *damnum contra naturam datum* solle ersetzt werden; hiernächst hätten sie noch hinzugefügt, auch ein *damnum secundum naturam* solle ersetzt werden, welches durch Weiden auf fremden Grundstücken geschehen sey — nichts könne demnach wahrscheinlicher seyn, als dafs man gute (aber uns unbekannte) Gründe gehabt habe, nicht jedes *damnum secundum naturam datum* unter das Gesetz zu ziehen“ “ — — aber ohne Rücksicht auf Vermuthungs- und analogische Gründe sey die Sache mit Einemale entschieden in l. 52. §. 2. in fine D. ad Leg. Aquil. „*quodsi neque homines neque mulae in caussa essent, sed mulae onus retinere nequissent, aut, cum connitererentur, lapsae concidissent, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus retinere nequissent; neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem* — hier sey der Fall, wo mit klaren Worten der Eigenthümer ganz freigesprochen werde, wenn seines

Statt dem Beschädigten zu überlassen, einerlei sey er *de partu* oder *de pauperie* belangt worden.

l. 14. §. 3. *D. de praescript. verbis „neque ex lege XII. Tab. de pastu pecoris*

Thiere nicht *contra* sondern *secundum naturam* Jemand beschädigt hätten " " " der Schöpfer dieser Gründe ist Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts II. 8. — Unbedingten Beifall erhielt er von A. D. Weber in der 7ten Auflage des Höpfnerschen Commentars §. 1170. note *... Allein dafs die Worte legis 52. §. 2. in f. cit. „*quodsi neque homines neque mulae in caussa essent*" einen wahrhaft casuellen Schaden aussprechen, für welchen Niemand verhaftet ist, habe ich schon oben erklärt... Wenn *damnum contra naturam* soviel, als *actus contra naturam* heifst, so konnte wohl auch Ulpian nicht so ganz allgemein sprechen: „*et si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret; ejus, quae concitavit, nomine (actio de pauperie) agendum erit*" wenn zahme Thiere zusammenkommen, so ist das Miteinanderspielen, Nachlaufen etc. gewifs sehr natürlich!

agendum, quia non in tuo pascitur.“ “ Godefroi (Noten ad leg. XII. Tabb. Tab. VII.) meint, Ulpian verstehe hierunter das Hintreiben auf die Weide; allein es ist sehr unwahrscheinlich, da zu Ulpian's Zeiten der Hintreiber mit der *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* belangt werden konnte. Vergl. noch *l. ult. Cod. ad legem aquiliam. l.* 1. *pr. D. si quadrupes pauperiem etc.* §. 4. und §. 7. eod.

Paullus recept. Sent. I. 15. „*Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupede cedat.*“ “ *l.* 1. §. 15. *D. si quadrupes pauperiem etc.*

Dafs diese *actio de pauperie* auf zweifüssige Thiere angewandt *utilis* heifst, ist bekannt.

Die thätige Schädlichkeit des im Eigenthume stehenden Viehes ist also ebenfalls

durchaus mit dem Rechte der Sicherheit des beschädigten Eigenthümers von der Gesetzgebung durch das ädilitische Edict, die Klagen *legis aquiliae* (*ad exemplum legis aquiliae in factum*), *de pastu* und *de pauperie* ins Gleichgewicht gebracht worden . . . Mit dieser Ausführung vergleiche man die Bearbeitungen des Titels: *si quadrupes pauperiem* — von Höpfner und Waldeck!

c) Man streitet sich noch immer, ob aus den Gütern eines Furiosus, der einen Schaden anrichtete, Ersatz dafür verlangt werden könne? Wenn das römische Recht in einigen Stellen hiervon sagt: es sey so etwas ein *factum impune*, so hat es hiermit zwar die Straflosigkeit wegen nicht vorhandener Imputation erklärt, aber die Entschädigungsforderung hängt davon nicht ab — *pauperies* ist ein solcher Schade unstreitig nach Ulpian's Begriffe davon als einem *damnum sine injuria facientis datum* (*l.* 1. §. 3.

D. si quadrupes pauperiem fec. dic.) Vermittelst der Aquilia, welche nämlich *culpa* unterstellt, kann freilich der Ersatz vom Furiosus nicht eingefodert werden (*l.* 5. §. 2. *D. ad legem aquil.*); aber warum dieser Anspruch mit der *actio utilis de pauperie* nicht durchgesetzt werden könne? sehe ich nicht ein — Die *lex* 4. *D si quadrupes etc.* „*haec actio (de pauperie) utilis competit, si non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit*“ scheint hierüber keinen Zweifel zurückzulassen, wenn man sich anders nicht schämt, den Furiosus, so lange er Furiosus ist, ein *animal, quod sensu caret*, zu nennen. — — Mit Stillschweigen übergehe ich, dafs Ulpian in *l.* 5. §. 2. *ad leg. aquil.* den Furiosus einem *quadrupes* d. h. einem unvernünftigen Thiere vergleicht; aber die Frage mufs ich noch an meine Gegner stellen: ob dann der Furiosus nicht wegen einer *pauperies* seines Pferdes etc. mit der *actio de pauperie* belangt werden kann? dafür ist er ja doch auch kei-

ner Imputation unterworfen — warum sollte er dann nicht für sich selbst haften?

d) Ist endlich ein vernünftiges Rechtssubject durch seine positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung, so findet wieder in allen denkbaren Fällen eine Klage gegen das schadende Subject Statt, jedesmal auf volle Entschädigung (*actio in factum ad exemplum legis aquiliae*), zuweilen nach dem höchsten Werth, den die Sache im jüngstverflossenen Jahre (*cap. I. legis aquiliae*), zuweilen nach dem, welchen sie in den jüngstverflossenen dreifsig Tagen (*cap. III. legis aquil.*) hatte, theils *actio legis aquiliae directa*, wenn *corpore corpori*, theils *utilis*, wenn *corpori, non corpore* die Beschädigung geschah.

Jedes Versehen, auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, wird auf die beschriebene Weise vermittelst der Aquilia vindicirt.

l. 44. **D.** *ad legem aquil.* (von Ulpian) „*in lege aquilia et levissima culpa venit.*““

Was die römische Terminologie betrifft, so finden wir die positive schädliche Thätigkeit des Bürgers, welche seinem Versehen folgte *), in den Fragmenten des Pandectentitels *ad legem aquiliam* häufig mit dem Ausdruck *culpa* belegt — ganz richtig, denn *culpa* bezeichnet jede Illegalität **) — aber zur leichteren Darstellung des Systemes ist es weit besser, diesen Ausdruck hier ganz zu verlassen, und mit dem ebenfalls legalen: *damnum injuria datum* die positive schäd-

---

*) Eben so, wenn er durch sein Versehen die schädliche Thätigkeit seines Viehes veranlafste, vergl. lit. b.

**) Ob *culpa* im weitesten Sinne nicht auch den *dolus* begreift — was *dolus* sey — ob Vorsatz zu schaden aus Leidenschaften *dolus* ist, werde ich in einer folgenden Abhandlung über *dolus*, *mora*, *id quod interest* und *casus* erläutern.

liche Thätigkeit zu bezeichnen, im Gegensatze von schädlichen Unterlassungen — *culpa*, nämlich *in non faciendo*, *culpa sensu proprio* —

Die Aquilia vindicirt also jedes widerrechtliche positive Factum, die positive schädliche Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange. In keinem der oben recensirten Systeme haben wir dieses Prinzip entdeckt: sollte es sich aber doch in seiner gegebenen Allgemeinheit aus unseren positiven Gesetzen über allen Zweifel hinausstellen lassen, so ist es evident, dafs dasselbe einer richtigen Darstellung der Lehre von *culpa* als Basis untergelegt werden mufs, und dafs alle Lehrgebäude, bei welchen es vermifst wird, in sich selbst als unrichtig zerfallen.

Dafs die *lex aquilia* unter dem Worte *Ruperit* alle denkbare Verschlechterungen einer Sache, welche die positive Thätigkeit bewirkt, verstand, darüber konnte

nie ein Zweifel entstehen. — In lege 27. §. 13, *D. ad legem aquil.* heifst es: „*rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit* *); und in §. 14. *Instit. de lege aquil.* „*ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*““ — — Woran liegt es dann aber, dafs man zeither die *lex aquilia* bei der Behandlung der *culpa* so ganz übersah? Diefs fällt in die Augen; man faste sie nämlich doch nicht in ihrem vollen Umfange, man wandte sie an blofs auf solche Sachen, an welchen der Beschädigte zur Zeit der Beschädigung Eigenthum oder ein sonstiges Realrecht hatte, auch wandte man sie nicht an, wenn der Beschädi-

---

*) Eine Menge von Beispielen finden wir §§. 15. 18. 19. 20. 22. 32. D. eod.

ger und der Beschädigte in Ansehung der beschädigten Sache in vertragsmäfsigen Verhältnissen standen... Diese beiden Beschränkungen sind der Philosophie des Rechtes durchaus entgegen; aber eben so deutlich unseren positiven Gesetzen zuwider.

Höpfner *) meint: „wenn man wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus „dem aquilischen Gesetze anstellen „wolle, so müfste der Grad von „*culpa* vorhanden seyn, welcher „in dem vorliegenden Contracte „nach eigenen Regeln prästirt werde „z. B. beim beschädigten Depositum „die *culpa lata* nach *l.* 23. *D. de reg. „juris*, denn sonst würden alle Regeln von den Graden der *culpa* und „deren Prästation in den Contracten

---

*) im Commentar §. 1049., und mit ihm, ich kann sagen, alle mir bekannte Juristen.

„ganz unnütze seyn“ “ “ Aber um der Wahrheit willen! welch' eigene Verbindung hat dann das Verhältnifs des Schadensersatzes mit den Vertragsverhältnifsen? Ist es dann etwa fein philosophisch, das Recht des Schadensersatzes in vertragsmäfsigen Verhältnissen so, und in nichtvertragsmäfsigen Verhältnissen wieder anders zu construiren? Der Schade ist doch immer gleich, mag ich ihn durch meinen Mitcontrahent oder durch einen Dritten erleiden. — Zerbricht mir mein Socius im eifrigsten Betriebe unserer gemeinschaftlichen Glasgeschäfte meinen Lüstre, oder thut es der ruchlose nächtliche Dieb, so lange ich ohne Zwang mein Urtel sprechen darf, ist mir dieser Verlust gleich grofs und empfindlich — meine Leser werden nicht anders urtheilen können — das Rechtsgefühl scheint den Beifall der römischen Gesetzgebung im voraus zu verbürgen. Ich frage hierüber den alten Gajus: er antwortet uns in *l.* 18. §. 1. *D. commodati vel contra* „*sive*

„*autem pignus*, *sive commodata res*, *sive*
„*deposita deterior ab eo*, *qui acceperit*,
„*facta sit*; *non solum istae sunt actiones*, *de*
„*quibus loquimur*, *verum etiam legis*
„*aquiliae* (nämlich nach Verschiedenheit der Fälle, ob Unterlassung oder positive Thätigkeit schädlich war, denn für diese letztere ausschliefslich aber freilich auch für alle Grade derselben, ist ja die Aquilia gegeben, und darum ist es ganz falsch interpretirt, wenn man etwa die Concurrenz der benannten Klagen für einerlei Fälle in den Sinn des grofsen Gajus legen will). Diefs ist nun jenes bedeutende Fragment, jene unvermeidliche Klippe, an welcher alle bisherige Systeme ohne Rettung scheitern. Man trennte nicht das *damnum injuria datum*, diese allgemeine Rubrik für einen jeden von einem vernünftigen freien Sinnenwesen durch dessen positives Factum dem Andern zugefügten Schaden, von der eigentlichen *culpa* im engen Sinne, welche nur ein widerrechtliches

Unterlassen bezeichnet; man steifte sich ohne philosophische Reflexion zu sehr auf den Grundsatz *debitor officii culpam latam tantum praestat*, den man in einigen äusserst mifsverstandenen Fragmenten Ulpian's (ich meine *l.* 5. §. 2. *D. commod.* und *l.* 23. *D. de reg. jur.*), ohne etwas Arges zu ahnen, in der vollesten Allgemeinheit niedergelegt glaubte. — Ulpian erstreckt doch selbst in *l.* 44. *cit. D. ad leg. aquil.* diese Klage auf ein jedes, auc hdas geringste, Versehen in positiven Handlungen, und der frühere Gajus, zu dessen Zeiten die Aquilia gewifs keine andere Eigenschaften hatte, wandte dieselbe auf verpfändete und deponirte Sachen an — doch Gajus nicht allein — lange vor ihm schon machte Julian dieselbe Anwendung in *l.* 42. *D. ad leg. aquil.* „*qui tabulas testamenti depositas ita delevit, ut legi non possint, depositi actione et ad exhibendum tenetur: legis aquiliae quoque actio ex eadem caussa competit; corru-*

„*pisse enim tabulas recte dicitur et qui eas „interleverit*““ und Ulpian selbst dachte in der Anwendung nicht anders, er gab in dem von Julian vorgetragenen Falle ebenfalls die *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* (*l. 41. pr. circa fin. D. eod.* „*Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, utilius est in factum agi*““) — alle drei Gewährsmänner sprechen ganz allgemein *res deterior facta, corrupta, deleta* — Wie leicht kann ein Dintenfafs, aus geringstem Versehen umgeworfen, durch eine Fuge des Pultes die deponirte Urkunde unleserlich und unnütze machen! Der Depositar, welcher diefs durch seine unvorsichtige positive Thätigkeit bewirkte, soll doch durchaus dafür haften. — Nach der Natur der Aquilia war es allerdings höchstüberflüssig, einen besonderen Grad des Versehens zu bemerken *).

---

*) Von vielen Beispielen, dafs die Aquilia auch unter Contrahenten Statt hat, nur noch

Nur der Beschädigte, meint man ferner, könne mit der Aquilia auftreten, „der zur „Zeit der Beschädigung Eigenthümer „der beschädigten Sache war, oder „ein sonstiges Realrecht zu der Zeit „daran hatte.“ Wahrlich! auf diese Weise wäre die Sicherheit des Obligationenrechtes vom Staate schlecht garantirt, der Bürger könnte ja die Foderung des Mitbürgers auf Kosten eines geringsten Versehens durch seine schädliche Thätigkeit im höchsten Grade kränken! Sollten unsere Gesetze solch eine Ungerechtigkeit dulden? Mehr wüfste ich in der That daraus zum Nachtheile eines Sachberechtigten nicht zu entnehmen, als dieses, dafs der Eigenthümer der von einem Dritten beschädigten commodirten Sachen, nicht der Commodatar, aus dem aquilischen

---

eins: „*si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis aquiliae et ex locato actio est.*“ *l.* 43. *D. locati. Add. l.* 19. *D. ad legem aquiliam.*“

Gesetze gegen den Beschädigten klagt (*l.* 11. §. 9. *D. ad Legem aquiliam*); aber nichts weniger als blofs dem Eigenthümer oder Realberechtigten, der es zur Zeit der Beschädigung war, ist die Aquilia gegeben, wie man aus *l.* 11. §. 9. und 10. *D. ad legem aquil.* deducirt, sondern auch dem, der zur Zeit der Beschädigung ein gegründetes Recht hat, einst Eigenthum an der beschädigten Sache zu erwerben, und zwar selbst gegen den dermaligen Eigenthümer, wenn dessen positive Thätigkeit die Ursache der geschehenen Verletzung war. Den Beweis hierüber liefern uns folgende Stellen:

l. 43. *D. ad legem aquiliam* „*dominum lex aquilia appellat, non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur* — eine Regel, welche nicht allgemeiner gefafst werden kann. —

l. 17. *D. ad legem aquiliam* „*si dominus servum suum occiderit, bonae fidei pos-*

sessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.“ Unter dem *bonae fidei possessor* verstehe ich hier denjenigen, welcher den Sklaven schon zehn oder zwanzig Jahre besessen hatte, und gegen des Eigenthümers allenfalsige Klage sich mittelst der Einrede der Verjährung decken konnte — sein gegründetes Recht, wenn es gleichwohl kein quiritarisches Eigenthum war, sollte ihm nicht durch die unrechtfertige Thätigkeit des Eigenthümers benommen werden. . . Eben so ist der, welcher einen Sklaven von seinem Schuldner zum Pfande erhielt, nicht Eigenthümer des Sklaven; inzwischen hat er doch das Recht der Retention gegen den Dritten *), der sein

*) Dafs der Beschädigte, wovon der Jurist spricht, nicht gegen den Eigenthümer eine Pfandforderung hat, ist daraus klar, dafs alsdann in dem gegebenen Falle nur auf Bestellung eines anderen Pfandes geklagt werden könnte.

Schuldner ist, solange bis dieser ihn befriedigt hat; der wahre Eigenthümer soll es ihm durch seine unrechtfertige Thätigkeit nicht nehmen.

Selbst Worte und Geist des aquilischen Gesetzes müfsten uns schon zur nämlichen Auslegung führen, welche Pomponius in der angeführten *l.* 43. *D. ad legem aquil.* davon giebt. „*Qui servum alienum, alienamve „quadrupedem vel pecudem injuria occiderit,* „heifst es *Cap. I.* und „*siquis alteri damnum „faxit — tantum aes domino dare damnas esto.*“ “ “ Heifst dann *res aliena* nur gegenwärtiges Eigenthum, wir finden doch in Stellen diesen Ausdruck auch von solchen Sachen, welche dermalen nur einem persönlichen fremden Anspruche unterworfen sind — *l.* 21. *D. de hered. vel actione vendita* und *l.* 18. §. 9. *D. de damno infecto* können als Beispiele dienen. — Was kann nun einen Zweifel erregen, dafs die *lex aquilia* nicht in diesem allgemei-

nën Geiste für alle Verletzungen fremder Ansprüche in der gesetzgemäfsen Kürze geben würde?

Ich höre meine Gegner mir zurufen: „beide Fälle der *legis* 17. unterstellen in „der Person des Beschädigten ein Realrecht, „*dominium bonitarium* oder *pignus*; der „Realberechtigte mag dann gleichwohl gegen „den beschädigenden Eigenthümer selbst die „Aquilia haben: aber dafs auch der „Personalberechtigte gegen des Ei„genthümers positive Thätigkeit „durchaus gesichert ist, wirst du „uns nie beweisen!“ — Sie fordern meine Verantwortung.

Wäre die Beschädigung von der Art, dafs sie dem künftigen Erwerbe des Eigenthumes auf Seiten des dermaligen Personalberechtigten nicht im Wege steht, d. h. blofse Verschlechterung des Verbindlichkeitsgegenstandes — so ist er schon ziemlich sicher; er verschaffe sich nämlich baldmög-

liche Thätigkeit zu bezeichnen, im Gegensatze von schädlichen Unterlassungen — *culpa*, nämlich *in non faciendo*, *culpa sensu proprio* —

Die Aquilia vindicirt also jedes widerrechtliche positive Factum, die positive schädliche Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange. In keinem der oben recensirten Systeme haben wir dieses Prinzip entdeckt: sollte es sich aber doch in seiner gegebenen Allgemeinheit aus unseren positiven Gesetzen über allen Zweifel hinausstellen lassen, so ist es evident, dafs dasselbe einer richtigen Darstellung der Lehre von *culpa* als Basis untergelegt werden mufs, und dafs alle Lehrgebäude, bei welchen es vermifst wird, in sich selbst als unrichtig zerfallen.

Dafs die *lex aquilia* unter dem Worte *Ruperit* alle denkbare Verschlechterungen einer Sache, welche die positive Thätigkeit bewirkt, verstand, darüber konnte

nie ein Zweifel entstehen. — In lege 27. §. 13, *D. ad legem aquil.* heifst es: „*rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit* *); und in §. 14. *Instit. de lege aquil.* „*ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*““ — — Woran liegt es dann aber, dafs man zeither die *lex aquilia* bei der Behandlung der *culpa* so ganz übersah? Diefs fällt in die Augen; man faste sie nämlich doch nicht in ihrem vollen Umfange, man wandte sie an blofs auf solche Sachen, an welchen der Beschädigte zur Zeit der Beschädigung Eigenthum oder ein sonstiges Realrecht hatte, auch wandte man sie nicht an, wenn der Beschädi-

---

*) Eine Menge von Beispielen finden wir §§. 15. 18. 19. 20. 22. 32. D. eod.

ger und der Beschädigte in Ansehung der beschädigten Sache in vertragsmäfsigen Verhältnissen standen... Diese beiden Beschränkungen sind der Philosophie des Rechtes durchaus entgegen; aber eben so deutlich unseren positiven Gesetzen zuwider.

Höpfner *) meint: „wenn man wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus „dem aquilischen Gesetze anstellen „wolle, so müfste der Grad von „*culpa* vorhanden seyn, welcher „in dem vorliegenden Contracte „nach eigenen Regeln prästirt werde „z. B. beim beschädigten Depositum „die ***culpa lata*** nach *l.* 23. ***D. de reg.*** „***juris***, denn sonst würden alle Re„geln von den Graden der ***culpa*** und „deren Prästation in den Contracten

---

*) im Commentar §. 1049., und mit ihm, ich kann sagen, alle mir bekannte Juristen.

„ganz unnütze seyn“ “ “ Aber um der Wahrheit willen! welch' eigene Verbindung hat dann das Verhältnifs des Schadensersatzes mit den Vertragsverhältnifsen? Ist es dann etwa fein philosophisch, das Recht des Schadensersatzes in vertragsmäfsigen Verhältnissen so, und in nichtvertragsmäfsigen Verhältnissen wieder anders zu construiren? Der Schade ist doch immer gleich, mag ich ihn durch meinen Mitcontrahent oder durch einen Dritten erleiden. — Zerbricht mir mein Socius im eifrigsten Betriebe unserer gemeinschaftlichen Glasgeschäfte meinen Lüstre, oder thut es der ruchlose nächtliche Dieb, so lange ich ohne Zwang mein Urtel sprechen darf, ist mir dieser Verlust gleich grofs und empfindlich — meine Leser werden nicht anders urtheilen können — das Rechtsgefühl scheint den Beifall der römischen Gesetzgebung im voraus zu verbürgen. Ich frage hierüber den alten Gajus: er antwortet uns in *l.* 18. §. 1. *D. commodati vel contra* „*sive*

„*autem pignus*, *sive commodata res*, *sive*
„*deposita deterior ab eo*, *qui acceperit*,
„*facta sit*; *non solum istae sunt actiones*, *de*
„*quibus loquimur*, *verum etiam legis*
„*aquiliae* (nämlich nach Verschiedenheit der Fälle, ob Unterlassung oder positive Thätigkeit schädlich war, denn für diese letztere ausschliefslich aber freilich auch für alle Grade derselben, ist ja die Aquilia gegeben, und darum ist es ganz falsch interpretirt, wenn man etwa die Concurrenz der benannten Klagen für einerlei Fälle in den Sinn des grofsen Gajus legen will). Diefs ist nun jenes bedeutende Fragment, jene unvermeidliche Klippe, an welcher alle bisherige Systeme ohne Rettung scheitern. Man trennte nicht das *damnum injuria datum*, diese allgemeine Rubrik für einen jeden von einem vernünftigen freien Sinnenwesen durch dessen positives Factum dem Andern zugefügten Schaden, von der eigentlichen *culpa* im engen Sinne, welche nur ein widerrechtliches

Unterlassen bezeichnet; man steifte sich ohne philosophische Reflexion zu sehr auf den Grundsatz *debitor officii culpam latam tantum praestat*, den man in einigen äusserst mifsverstandenen Fragmenten Ulpian's (ich meine *l.* 5. §. 2. *D. commod.* und *l.* 23. *D. de reg. jur.*), ohne etwas Arges zu ahnen, in der vollesten Allgemeinheit niedergelegt glaubte. — Ulpian erstreckt doch selbst in *l.* 44. *cit. D. ad leg. aquil.* diese Klage auf ein jedes, auc hdas geringste, Versehen in positiven Handlungen, und der frühere Gajus, zu dessen Zeiten die Aquilia gewifs keine andere Eigenschaften hatte, wandte dieselbe auf verpfändete und deponirte Sachen an — doch Gajus nicht allein — lange vor ihm schon machte Julian dieselbe Anwendung in *l.* 42. *D. ad leg. aquil.* „ *qui tabulas testamenti depositas ita delevit, ut legi non possint, depositi actione et ad exhibendum tenetur: legis aquiliae quoque actio ex eadem caussa competit; corru-*

ner Imputation unterworfen — warum sollte er dann nicht für sich selbst haften?

d) Ist endlich ein vernünftiges Rechtssubject durch seine positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung, so findet wieder in allen denkbaren Fällen eine Klage gegen das schadende Subject Statt, jedesmal auf volle Entschädigung (*actio in factum ad exemplum legis aquiliae*), zuweilen nach dem höchsten Werth, den die Sache im jüngstverflossenen Jahre (*cap. I. legis aquiliae*), zuweilen nach dem, welchen sie in den jüngstverflossenen dreifsig Tagen (*cap. III. legis aquil.*) hatte, theils *actio legis aquiliae directa*, wenn *corpore corpori*, theils *utilis*, wenn *corpori, non corpore* die Beschädigung geschah.

Jedes Versehen, auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, wird auf die beschriebene Weise vermittelst der Aquilia vindicirt.

l. 44. **D.** *ad legem aquil.* (von Ulpian)
„*in lege aquilia et levissima culpa venit.*““

Was die römische Terminologie betrifft, so finden wir die positive schädliche Thätigkeit des Bürgers, welche seinem Versehen folgte *), in den Fragmenten des Pandectentitels *ad legem aquiliam* häufig mit dem Ausdruck *culpa* belegt — ganz richtig, denn *culpa* bezeichnet jede Illegalität **) — aber zur leichteren Darstellung des Systemes ist es weit besser, diesen Ausdruck hier ganz zu verlassen, und mit dem ebenfalls legalen: *damnum injuria datum* die positive schäd-

---

*) Eben so, wenn er durch sein Versehen die schädliche Thätigkeit seines Viehes veranlafste, vergl. lit. b.

**) Ob *culpa* im weitesten Sinne nicht auch den *dolus* begreift — was *dolus* sey — ob Vorsatz zu schaden aus Leidenschaften *dolus* ist, werde ich in einer folgenden Abhandlung über *dolus*, *mora*, *id quod interest* und *casus* erläutern.

liche Thätigkeit zu bezeichnen, im Gegensatze von schädlichen Unterlassungen — *culpa*, nämlich *in non faciendo*, *culpa sensu proprio* —

Die Aquilia vindicirt also jedes widerrechtliche positive Factum, die positive schädliche Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange. In keinem der oben recensirten Systeme haben wir dieses Prinzip entdeckt: sollte es sich aber doch in seiner gegebenen Allgemeinheit aus unseren positiven Gesetzen über allen Zweifel hinausstellen lassen, so ist es evident, dafs dasselbe einer richtigen Darstellung der Lehre von *culpa* als Basis untergelegt werden mufs, und dafs alle Lehrgebäude, bei welchen es vermifst wird, in sich selbst als unrichtig zerfallen.

Dafs die *lex aquilia* unter dem Worte *Ruperit* alle denkbare Verschlechterungen einer Sache, welche die positive Thätigkeit bewirkt, verstand, darüber konnte

nie ein Zweifel entstehen. — In lege 27. §. 13, *D. ad legem aquil.* heifst es: „*rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit* *); und in §. 14. *Instit. de lege aquil.* „*ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*““ — — Woran liegt es dann aber, dafs man zeither die *lex aquilia* bei der Behandlung der *culpa* so ganz übersah? Diefs fällt in die Augen; man fafste sie nämlich doch nicht in ihrem vollen Umfange, man wandte sie an blofs auf solche Sachen, an welchen der Beschädigte zur Zeit der Beschädigung Eigenthum oder ein sonstiges Realrecht hatte, auch wandte man sie nicht an, wenn der Beschädi-

---

*) Eine Menge von Beispielen finden wir §§. 15. 18. 19. 20. 22. 32. D. eod.

ger und der Beschädigte in Ansehung der beschädigten Sache in vertragsmäfsigen Verhältnissen standen... Diese beiden Beschränkungen sind der Philosophie des Rechtes durchaus entgegen; aber eben so deutlich unseren positiven Gesetzen zuwider.

Höpfner *) meint: „wenn man wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus „dem aquilischen Gesetze anstellen „wolle, so müfste der Grad von „*culpa* vorhanden seyn, welcher „in dem vorliegenden Contracte „nach eigenen Regeln prästirt werde „z. B. beim beschädigten Depositum „die *culpa lata* nach *l.* 23. *D. de reg.* „*juris*, denn sonst würden alle Re„geln von den Graden der *culpa* und „deren Prästation in den Contracten

---

*) im Commentar §. 1049., und mit ihm, ich kann sagen, alle mir bekannte Juristen.

„ganz unnütze seyn“ “ “ Aber um der Wahrheit willen! welch' eigene Verbindung hat dann das Verhältnifs des Schadensersatzes mit den Vertragsverhältnifsen? Ist es dann etwa fein philosophisch, das Recht des Schadensersatzes in vertragsmäfsigen Verhältnissen so, und in nichtvertragsmäfsigen Verhältnissen wieder anders zu construiren? Der Schade ist doch immer gleich, mag ich ihn durch meinen Mitcontrahent oder durch einen Dritten erleiden. — Zerbricht mir mein Socius im eifrigsten Betriebe unserer gemeinschaftlichen Glasgeschäfte meinen Lüstre, oder thut es der ruchlose nächtliche Dieb, so lange ich ohne Zwang mein Urtel sprechen darf, ist mir dieser Verlust gleich grofs und empfindlich — meine Leser werden nicht anders urtheilen können — das Rechtsgefühl scheint den Beifall der römischen Gesetzgebung im voraus zu verbürgen. Ich frage hierüber den alten Gajus: er antwortet uns in *l.* 18. §. 1. *D. commodati vel contra „sive*

„*autem pignus*, *sive commodata res*, *sive*
„*deposita deterior ab eo*, *qui acceperit*,
„*facta sit*; *non solum istae sunt actiones*, *de*
„*quibus loquimur*, *verum etiam legis*
„*aquiliae* (nämlich nach Verschiedenheit der Fälle, ob Unterlassung oder positive Thätigkeit schädlich war, denn für diese letztere ausschliefslich aber freilich auch für alle Grade derselben, ist ja die Aquilia gegeben, und darum ist es ganz falsch interpretirt, wenn man etwa die Concurrenz der benannten Klagen für einerlei Fälle in den Sinn des grofsen Gajus legen will). Diefs ist nun jenes bedeutende Fragment, jene unvermeidliche Klippe, an welcher alle bisherige Systeme ohne Rettung scheitern. Man trennte nicht das *damnum injuria datum*, diese allgemeine Rubrik für einen jeden von einem vernünftigen freien Sinnenwesen durch dessen positives Factum dem Andern zugefügten Schaden, von der eigentlichen *culpa* im engen Sinne, welche nur ein widerrechtliches

Unterlassen bezeichnet; man steifte sich ohne philosophische Reflexion zu sehr auf den Grundsatz *debitor officii culpam latam tantum praestat*, den man in einigen äusserst mifsverstandenen Fragmenten Ulpian's (ich meine *l.* 5. §. 2. *D. commod.* und *l.* 23. *D. de reg. jur.*), ohne etwas Arges zu ahnen, in der vollesten Allgemeinheit niedergelegt glaubte. — Ulpian erstreckt doch selbst in *l.* 44. *cit. D. ad leg. aquil.* diese Klage auf ein jedes, auc hdas geringste, Versehen in positiven Handlungen, und der frühere Gajus, zu dessen Zeiten die Aquilia gewifs keine andere Eigenschaften hatte, wandte dieselbe auf verpfändete und deponirte Sachen an — doch Gajus nicht allein — lange vor ihm schon machte Julian dieselbe Anwendung in *l.* 42. *D. ad leg. aquil.* „ *qui tabulas testa-*
„ *menti depositas ita delevit, ut legi non pos-*
„ *sint, depositi actione et ad exhibendum te-*
„ *netur: legis aquiliae quoque actio*
„ *ex eadem caussa competit; corru-*

„*pisse enim tabulas recte dicitur et qui eas „interleverit*““ und Ulpian selbst dachte in der Anwendung nicht anders, er gab in dem von Julian vorgetragenen Falle ebenfalls die *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* (*l.* 41. *pr. circa fin. D. eod.* „*Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, utilius est in factum agi*““) — alle drei Gewährsmänner sprechen ganz allgemein *res deterior facta, corrupta, deleta* — Wie leicht kann ein Dintenfafs, aus geringstem Versehen umgeworfen, durch eine Fuge des Pultes die deponirte Urkunde unleserlich und unnütze machen! Der Depositar, welcher diefs durch seine unvorsichtige positive Thätigkeit bewirkte, soll doch durchaus dafür haften. — Nach der Natur der Aquilia war es allerdings höchstüberflüssig, einen besonderen Grad des Versehens zu bemerken *).

*) Von vielen Beispielen, dafs die Aquilia auch unter Contrahenten Statt hat, nur noch

Nur der Beschädigte, meint man ferner, könne mit der Aquilia auftreten, „der zur „Zeit der Beschädigung Eigenthümer „der beschädigten Sache war, oder „ein sonstiges Realrecht zu der Zeit „daran hatte.“ Wahrlich! auf diese Weise wäre die Sicherheit des Obligationenrechtes vom Staate schlecht garantirt, der Bürger könnte ja die Foderung des Mitbürgers auf Kosten eines geringsten Versehens durch seine schädliche Thätigkeit im höchsten Grade kränken! Sollten unsere Gesetze solch eine Ungerechtigkeit dulden? Mehr wüfste ich in der That daraus zum Nachtheile eines Sachberechtigten nicht zu entnehmen, als dieses, dafs der Eigenthümer der von einem Dritten beschädigten commodirten Sachen, nicht der Commodatar, aus dem aquilischen

---

eins: „*si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis aquiliae et ex locato actio est.*“ *l.* 43. *D. locati. Add. l.* 19. *D. ad legem aquiliam.*“

Gesetze gegen den Beschädigten klagt (*l.* 11. §. 9. *D. ad Legem aquiliam*); aber nichts weniger als blofs dem Eigenthümer oder Realberechtigten, der es zur Zeit der Beschädigung war, ist die Aquilia gegeben, wie man aus *l.* 11. §. 9. und 10. *D. ad legem aquil.* deducirt, sondern auch dem, der zur Zeit der Beschädigung ein gegründetes Recht hat, einst Eigenthum an der beschädigten Sache zu erwerben, und zwar selbst gegen den dermaligen Eigenthümer, wenn dessen positive Thätigkeit die Ursache der geschehenen Verletzung war. Den Beweis hierüber liefern uns folgende Stellen:

l. 43. *D. ad legem aquiliam* „*dominum lex aquilia appellat, non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur* — eine Regel, welche nicht allgemeiner gefafst werden kann. —

l. 17. *D. ad legem aquiliam* „*si dominus servum suum occiderit, bonae fidei pos-*

sessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.“ Unter dem *bonae fidei possessor* verstehe ich hier denjenigen, welcher den Sklaven schon zehn oder zwanzig Jahre besessen hatte, und gegen des Eigenthümers allenfalsige Klage sich mittelst der Einrede der Verjährung decken konnte — sein gegründetes Recht, wenn es gleichwohl kein quiritarisches Eigenthum war, sollte ihm nicht durch die unrechtfertige Thätigkeit des Eigenthümers benommen werden. . . Eben so ist der, welcher einen Sklaven von seinem Schuldner zum Pfande erhielt, nicht Eigenthümer des Sklaven; inzwischen hat er doch das Recht der Retention gegen den Dritten *), der sein

*) Dafs der Beschädigte, wovon der Jurist spricht, nicht gegen den Eigenthümer eine Pfandforderung hat, ist daraus klar, dafs alsdann in dem gegebenen Falle nur auf Bestellung eines anderen Pfandes geklagt werden könnte.

Schuldner ist, solange bis dieser ihn befriedigt hat; der wahre Eigenthümer soll es ihm durch seine unrechtfertige Thätigkeit nicht nehmen.

Selbst Worte und Geist des aquilischen Gesetzes müfsten uns schon zur nämlichen Auslegung führen, welche Pomponius in der angeführten *l.* 43. *D. ad legem aquil.* davon giebt. „*Qui servum alienum, alienamve* „*quadrupedem vel pecudem injuria occiderit,* „heifst es *Cap. I.* und „*siquis alteri damnum* „*faxit — tantum aes domino dare damnas esto.*“ “ “ Heifst dann *res aliena* nur gegenwärtiges Eigenthum, wir finden doch in Stellen diesen Ausdruck auch von solchen Sachen, welche dermalen nur einem persönlichen fremden Anspruche unterworfen sind — *l.* 21. *D. de hered. vel actione vendita* und *l.* 18. §. 9. *D. de damno infecto* können als Beispiele dienen. —

Was kann nun einen Zweifel erregen, dafs die *lex aquilia* nicht in diesem allgemei-

nën Geiste für alle Verletzungen fremder Ansprüche in der gesetzgemäfsen Kürze gegeben würde?

Ich höre meine Gegner mir zurufen: „beide Fälle der *legis* 17. unterstellen in „der Person des Beschädigten ein Realrecht, „*dominium bonitarium* oder *pignus*; der „Realberechtigte mag dann gleichwohl gegen „den beschädigenden Eigenthümer selbst die „Aquilia haben: aber dafs auch der „Personalberechtigte gegen des Ei„genthümers positive Thätigkeit „durchaus gesichert ist, wirst du „uns nie beweisen!“ — Sie fordern meine Verantwortung.

Wäre die Beschädigung von der Art, dafs sie dem künftigen Erwerbe des Eigenthumes auf Seiten des dermaligen Personalberechtigten nicht im Wege steht, d. h. blofse Verschlechterung des Verbindlichkeitsgegenstandes — so ist er schon ziemlich sicher; er verschaffe sich nämlich baldmög-

lichst das Eigenthum, und der Weg zur aquilischen Klage wegen des dereinst zugefügten Schadens ist ihm hiermit eröffnet — das spricht die allgemeine Regel, *legis* 43. D. *ad leg. aquil.* mit dürren Worten aus — — aber wie wenn die Sache durch das *damnum injuriae* des dermaligen Eigenthümers sogleich zu Grunde gieng, und demnach der Übergang derselben in das Eigenthum des Läsus nicht mehr zu erwarten steht? Sehen wir zu, ob auch dafür gesorgt ist. Ich finde nur zwey Specialfragmente, eins zu Gunsten des *conductor* und das andere zu Gunsten des *emtor*. Wenn uns aber eine genaue Untersuchung der practischen Verhältnisse sämmtlicher Contracte auf das Resultat führt, dafs die gegebene Frage nur beim Miethsmann und beim Käufer möglich ist *); so leisten

---

*) Der Commodant, Deponent, Pfandschuldner, Vermiether einer Sache, Socius, Com-

uns jene zwey Specialfragmente volles Genüge. Der Miethsmann als solcher hat nämlich vor geschehener Perception der Früchte noch kein dingliches Recht daran *), aber weder der Locator noch sonst Jemand hat ein Recht daran, dem Conductor müssen sie unversehrt bleiben — das römische Recht giebt ihm gegen jeden dritten (einerlei sey

munionsinteressent, Geschäftsherr, Pupill, Vermächtnifsnehmer einer eigenen Sache des Erblassers, die Ehefrau in Ansehung ihrer *Dote* (wenn man anders mit *Langsdorf diss. de pactis et contractibus Romanorum* §. 68. 72. die *dotis datio* unter die Kathegorie der Consensualcontracte rechnet) sind sämmtlich Eigenthümer der Sachen, von deren Beschädigung die Frage seyn kann.

*) §. 36 *instit. de rerum divis. et adquir. rer. domin. is, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit — — eadem fere de colono dicuntur* — es heifst *fere*, weil doch die Erben des Colonus Ansprüche auf die Früchte haben, die Erben des Usufructuars aber nicht.

er wer er wolle, auch der Locator selbst, denn dieser ist an sich gewifs eben so wenig an den Früchten berechtigt als ein jeder Dritte, welcher ihm durch seine positive Thätigkeit die Früchte beschädiget, die *actio legis aquiliae* oder die *actio in factum ad exemplum legis aquiliae.*

l. 27. §. 14. *D. ad legem aquiliam* „*si avenam in segetem alienam injeceris, si locatus sit fundus, in factum agendum et, si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet* — §. 25. *eod.* „*si olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, aquilia tenebitur.*“ “ “

Eben so hat der Käufer nach eingetretener Perfection des Contractes, aber vor geschehener Tradition der Sache, nur ein persönliches Recht gegen seinen Verkäufer, dafs ihm dieser dereinst nach gezaltem Kaufschilinge die verkaufte Sache tradire. Inzwi-

schen soll ihm Niemand durch mittlerweile an der Sache verübte positive Facta schädlich seyn. Schadet auf diese Weise mittlerweile ein Dritter, so kann der Käufer zwar nicht geradezu selbst klagen, aber sein Verkäufer ist gezwungen, entweder selbst deshalb gegen den Dritten mit der Aquilia aufzutreten, und das Errungene an den Käufer, dem die Gesetzgebung von Zeit der eingetretenen Contractsperfection an alle Vortheile zuspricht, herauszugeben, oder wenigstens demselben seine Zuständigkeiten und Klagen gegen den Dritten abzutreten.

l. 11. §. 9. *D. quod vi aut clam.* „*Plane si post venditionem fundi opus factum est: etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est; tamen ex emto actione emtori tenebitur; omne enim et commodum et incommodum ad emtorem pertinere debet.*“ *Add. l.* 18. §. 9. D. *de damno infecto. l.* 13. §. 12. D. *de act. emti vend.* „*Sed et siquid praeterea rei*

venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel aquiliae etc. """

Schadet nun aber auf die oben angeführte Art mittlerweile der Verkäufer selbst, der doch noch zur Zeit Eigenthümer der Sache ist, wie hilft sich der Käufer gegen dessen positive Thätigkeit aus geringstem Versehen? . . . Kann er gegen den Verkäufer klagen?

Die practische Wichtigkeit dieser Frage sieht ein jeder von selbst — alle Rechtsgelehrte, welche eine *culpa levis* und eine davon unterschiedene *levissima* annehmen, antworten mir: Nein *) — — meine Urtheilskraft sagt mir: Ja — Doneau stimmt

---

*) Sie beziehen sich auf l. 23. de reg. jur. und l. 5. §. 2. D. commod. — In diesen beiden Stellen nämlich heifst es, werde der Verkäufer nur für *culpa* (*levis*) verantwortlich gemacht . . . Unten im zweiten Abschnitte werden diese Stellen erklärt.

mir bei, denn *levis* und *levissima* trennt er nicht; aber sein System überhaupt ist theils practisch unrichtig, theils auf mifsverstandene Gesetze gebaut — ich darf mich nicht auf ihn berufen — ich mufs meine Entscheidung aus einer andern Quelle deduciren.

Ich schlage dem Käufer gegen den Verkäufer die *actio emti* und die *actio legis aquiliae* vor — jene für den Fall des gänzlichen zu Grunderichtens, diese für den Fall der blofsen Deterioration der verkauften Sache — einer von beiden Fällen mufs nothwendigerweise eintreten.

Wir wissen aus der oben aufgeführten *l.* 43. *ad legem aquil.*, dafs man, um von dieser Klage Gebrauch zu machen, nicht gerade zur Zeit der Beschädigung schon Eigenthümer der Sache gewesen seyn mufs, sondern auch nachmals erlangtes Eigenthum dazu alsdann berechtiget, *dominum lex aquilia appellat, non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur.* — Auch können wir

nicht daran zweifeln, dafs nach eingetretener Perfection des Contractes das etwaige Eigenthum zur Zeit den Verkäufer nicht berechtiget, die verkaufte Sache zu beschädigen — in Ansehung des gegenüberstehenden Käufers hat er es ja nur noch zur Sicherstellung des an ihn zu erlegenden Kaufschillinges; alle andere Vortheile desselben gegen dritte Personen mufs er ja dem Käufer vermittelst der Restitution oder Abtretung überlassen *). — Setzen wir also, der Verkäufer habe, zur Zeit seines Eigenthumes noch, die verbindlich verkaufte Sache blos verschlechtert, so leidet dadurch der Käufer nicht — er klagt vorerst auf Tradition, und belangt sodann den Verkäufer mit der Aquilia. — — Gesetzt aber, der Verkäufer richtete positiv thätig,

---

*) vergl. die oben angeführten l. 11. §. 9. D. quod vi aut clam und l. 13. §. 12. D. de act. emt. vend. auch l. 35. §. 4. D. contrah. emt. „*vindicationem rei et condictionem exhibeat venditor emtor.*“ “ “

jedoch aus geringstem Versehen, die verkaufte Sache mittlerweile ganz zu Grunde — damit wäre ja die schöne Gesetzgebung, die wichtige Regel, welche uns Pomponius in der angeführten *l.* 43. *ad legem aquil.* aufstellte, mit Einemmale unnütze gemacht! läfst sich nicht erwarten. — Wie stünde es auch um die politischen Verhältnisse, um Beförderung des Handels und Wandels? Der Kaufkontrakt, eine der Hauptadern des Staatskörpers! Der Käufer soll zalen müssen, und der Verkäufer durch seine schädliche Thätigkeit die Waare destruiren dürfen! mit einer schalen Einrede des geringsten Versehens gehört werden! Schande einer Gesetzgebung, welche ein so schreiendes Unrecht nicht verdrängt. War gleichwohl das Gesetz des Aquilius hierauf nicht berechnet, so trat die römische Interpretation hier ins Mittel, um die Forderungen der Rechtsphilosophie an den Volkstribun zu versöhnen, und dem mangelhaften Plebiscite die *custodia* zur

unzertrennlichen Begleiterin an die Seite zu geben. — Der Verkäufer wurde nämlich zum geringsten Versehen in Betreff des Umkommens der Sache verantwortlich gemacht, einerlei, ob sein Versehen noch eine schädliche positive Thätigkeit zur Folge hatte oder nicht — eben so strenge war auch seine Verantwortlichkeit für das Abhandenkommen der Sache — so strenge war diese doppelte Responsabilität, dafs nur Zufall, welcher dann begreiflich auch die unverschuldete Gewalt eines Dritten in sich schliefst, ihn vom Ersatz des Schadens befreien konnte — das heifst, er ist zur *custodia* verpflichtet, durch die *actio emti.*

l. 2. §. 1. D. *de peric. et commodo rei vend.*

„ *custodiam autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam ut et diligentiam praestet; an vero dolum duntaxat? videamus: et puto eam diligentiam vendi-*

torem exhibere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.“ “ “

l. 3. D. eod. „*custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*“ “ “

Die weiteren Beweisstellen über diese wahre Bedeutung der *custodia* bleibe ich hier meinen Lesern schuldig, und verweise sie jetzt auf den zweiten Abschnitt dieser Abhandlung, wo gleich anfangs die römische Terminologie von *culpa lata*, *levis*, *custodia* und *diligentia* erklärt wird . . . Hiermit wäre das Problem gelöfst.

Sogar der Richter mufs den durch den Spruch Verletzten entschädigen, wenn ihm nur das mindeste Versehen, die kleinste Unwissenheit bewiesen wird.

Pr. instit. de obligat. „*quae quasi ex de-*
„*licto: si judex litem suam fecerit, non*
„*proprie ex maleficio obligatus videtur,*

„*sed quia neque ex maleficio neque ex*
„*contractu obligatus est, et utique pec-*
„*casse aliquid intelligitur, licet per*
„*imprudentiam; ideo videtur quasi*
„*ex maleficio teneri, et in quantum de*
„*ea re aequum religioni judicantis vide-*
„*bitur, poenam sustinebit.*"" *Add. l.* 5.
„§. 4. D. *de oblig. et action.* und *l. ult.*
„D. *de extraord. cognit.*""

Alle denkbare Fälle also, da man durch seine widerrechtliche positive Handlung, sey das Versehen noch so gering, Jemanden Schaden thut, sind der Aquilia, oder, wie schon oben erinnert, einer *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* unterworfen.

l. 33. §. 1. D. *ad legem aquil.* „*in damnis* (d. h. positiven widerrechtlichen Handlungen), *quae lege aquilia non tenentur, in factum datur actio.*"" §. ult. in fin. Inst. *de lege aquilia* „*si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui*

damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa neque utilis legis aquiliae actio; placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri. " " "

Im ganzen römischen Gesetzbuche finde ich hiervon nur zwei einzige Ausnahmen — der Agrimensor nämlich, einerlei ob er gedungen ist oder nicht, soll in Betreff seiner fälschlichen Bestimmung des Mases nur für *dolus* und *culpa lata* einstehen.

l. 1. §. 1. D. *si mensor falsum modum „haec actio (in factum) dolum malum duntaxat exigit; visum enim est„ satis coercere mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est: proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed etsi mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter*

verba edicti: utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire. „„

und der Schenker nur für *culpa levis*, so lange die geschenkte Sache dem Schenknehmer noch nicht tradirt ist. Durch diese Function wird gewifs die Rechtsgleichheit nicht verletzt, und der Beschenkte gewifs nicht widerrechtlich vervortheilt.

l. 37. *D. de verbor. oblig.* „ *si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.* „„

Man könnte mir wohl auch noch aus *l.* 7. §. 2. *D. de administrat. tutor.* „(*quid si non bonam conditionem elegerint tutores? recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere* „„) entgegnen, der Vormund sey nur wegen schädlicher Thätigkeit aus grobem Versehen zum Ersatz tenent; allein, wenn auch nicht aus Ulpian's Fragmente 1. *D. de tut. et ration. distrahendis* „(*in omnibus quae fecit tu-*

tor, cum facere non deberet — rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam etc. — Hierunter ist jede illegale Thätigkeit begriffen) unsere Regel in der Person des Vormundes noch besonders bestätiget würde, so zeigt sich ja doch auch aus dem *eligere* ganz unverkennbar, dafs der abgeschlossene Contract, wovon der Jurist in l. cit. 7. §. 2. spricht, allein betrachtet nicht gerade positiven Schaden dem Pupillen brachte, sondern nur in Vergleichung gegen vorhandene vortheilhaftere Gelegenheiten, welche die Vormünder zu benutzen versäumt hatten — die *lata negligentia tutorum* in l. 7. §. 2. cit. betrifft demnach die *omissio lucri adquirendi.*

Ich schliefse diese Lehre mit der Bemerkung, dafs auch noch heut zu Tage die *lex aquilia* auf eben so viel zu Gunsten des Beschädigten geht, wie zu Ulpian's Zeiten. — Es ist ja bei uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe mit derselben verbunden worden;

und davon hängt ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Pönal - und gemischten Klagen aufs duplum etc. oder auf mehr, als die dermalige Aestimation der Sache, ab. Die Richtigkeit dieser Theorie, welche besonders Waldeck *) und Weber **) vertheidigen, wird durch *l.* 6. *D. de injur.* „*plane si actum sit judicio publico, denegandum est privatum* "" ausser Zweifel gesetzt.

So viel von der verleizenden positiven Thätigkeit des Bürgers und dessen Eigenthumes. — Wir hatten aus Postulaten erfunden, dafs der Staat keine solche Verletzung unersetzt lassen darf, und haben aus den positiven Gesetzen deducirt, dafs die römische Legislation in allen Fällen der Art dem Beschädigten Ersatz gewährt, nur mit den Ausnahmen beim Agrimensor und beim Schenker . . .

---

*) comp. instit. §. 801.

**) Versuche über das Civilrecht. Seite 67 - 69.

Machen wir nun den Uebergang zur zweiten Möglichkeit, aus welcher die Veranlassung wahrer Rechtsverletzungen resultirt, ich meine die Nichtabwendung vorherzusehender äusserer Umstände, welche Verderben bringen — mittelbare Ursachen der Verletzungen durch Versehen *), *culpa* im engen Sinne.

---

*) Einerlei ob der schädliche äussere Umstand durch ein positives Factum sogar veranlafst wurde oder nicht. — So trennten Labeo und Javolenus die Klage gegen die schädliche Thätigkeit von den Klagen gegen die schädliche Nichtabwendung äusserer Umstände: l. 57. D. locati: „*qui domum habe-*
„*bat, arcam injunctam ei domui vicino*
„*proximo locaverat; is vicinus cum aedi-*
„*ficaret in suo, terram in eam aream am-*
„*plius, quam fundamenta caementilia loca-*
„*toris erant, congessit, et ea terra assiduis*
„*pluviis inundata ita pariete ejus, qui lo-*
„*caverat, humore praestituto madefacto*
„*aedificia corruerunt: Labeo ex locato tan-*
„*tummodo actionem esse ait, quia non ipsa*
„*congestio, sed humor ex ea congestione*

II.) Die Philosophie des Rechts soll auch hier, wie beim *damnum injuria datum*, den aufgefundenen Maasstab der Rechtsgleichheit zur Basis legen — dort war er leicht zu finden; aber hier zeigt die erste Ansicht ein unermefsliches Gebiet von Schwierigkeiten. Hier ist nicht das Rechtssubject selbst, noch auch sein Eigenthum durch Thätigkeit unmittelbar schädlich geworden, sondern äussere Umstände des Naturorganism oder dritte Personen sind der unmittelbare Grund des Schadens, von dessen Ersatze hier die Frage ist. Vorzüglich gilt es demnach hier den rechtlichen Folgen des unausgebildeten Perceptionsvermögens des Einzelnen, seiner unausgebildeten Urteilskraft und der Responsabilität für dergleichen

---

„ *postea damno fuerit; damni autem in-*
„ *juriae actio ob ea ipsa sit, per quae non*
„ *extrinsecus alia caussa oblata damno quis*
„ *adfectus est: hoc probo.* “ “ “ “

Mängel. Wie weit geht nun die Schuldigkeit des Bürgers, schädliche Würkungen der Natur zu erkennen — wie weit erstreckt sich seine Verbindlichkeit, diese so wie auch schädliche Handlungen dritter Personen zum Vortheile seines Mitbürgers zu verhindern? Die halbvernünftige Reflexion sieht ohne Mühe, wie alle Verhältnisse dieser Unthätigkeit des Bürgers von jenen der positiven Thätigkeit, welche wir unter I.) behandelten, himmelweit verschieden sind.

Schade an sich betrifft keineswegs blos die Vertragsverhältnisse; in diesen wie ausser diesen ist er immer derselbe Schade: aber so wenig es sich rechtfertigen läfst, die positive schädliche Thätigkeit des Bürgers nur ausser Vertragsverhältnissen durchaus dem Ersatze zu unterziehen, so evident stellt sich dem Philosophen die Wahrheit vor Augen, dafs es keine absolute Pflicht des Bürgers ist, den vernichtenden oder verderbenden Eindruck äusserer Umstände der Na-

tur oder dritter Personen von des Mitbürgers Eigenthume anzuwenden — nur durch eigene Verabredungen kann eine solche Verbindlichkeit begründet werden; ausser Contractverhältnissen (im allgemeinsten Sinne) kann keine Rede davon seyn.

Alle Vertragsverhältnisse müssen wir nunmehr durchgehen, und die Gesetzgebung fragen: welcher Grad der Achtsamkeit, äussere schädliche Umstände der Natur oder den schädlichen Einfluſs dritter Personen von seinen Mitcontrahenten Eigenthume abzuwenden, in jedem einzelnen Contracte, versteht sich, stillschweigend versprochen sey?"""" Es ist indessen nicht möglich, auf sichere Bestimmungen zu kommen, wenn wir nicht vorerst die römische Terminologie durchaus verstehen, und diese müssen wir aus den Quellen selbst nach der strengsten Interpretation erkennen — dann erst kann unsere fernere Forschung

leicht werden, und auf Zuverlässigkeit Anspruch machen.

TERMINOLOGIE.

Das Gattungswort *culpa* bedeutet, wie schon oben erinnert wurde, im weitesten Sinne jede Illegalität aus Versehen, im weiten, aber eigentlichen, Sinne und in Gegenüberstellung mit dem *damnum injuria datum* alle schädliche Unthätigkeit, mithin auch die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* — ich will nur die gemeinsten Stellen hierüber anführen

„*qui columnam transportandam conduxit,*
„*si ea, dum tollitur aut portatur aut re-*
„*ponitur, fracta sit, ita id periculum*
„*praestat, siqua ipsius eorumque, quorum*
„*opera uteretur, culpa accideret. Culpa*
„*autem abest, si omnia facta sunt,*
„*quae diligentissimus quisque ob-*
„*servaturus fuisset.*“ “ “

l. 25. §. 7. D. locati.

„*Si convenerit, ut venditor praeteritam*
„*mercedem exigat et emtori praestet, non*
„*solum dolum, sed et culpam eum prae-*
„*stare debere.*“ L. 13. §. 16. D. *de act. emt.* verglichen mit l. 68. D. *de contrah. emt.*, wo diese culpa *diligentia* heifst,
„*si cum fundum venderes, in lege dixis-*
„*ses, quod mercedis nomine a conductore*
„*exegisses, id emtori accessurum esse;*
„*existimo te in exigendo etiam diligen-*
„*tiam praestare debere, id est, non*
„*solum ut a te dolus malus absit,*
„*sed etiam ut culpa.*“ “ “
„„*Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius*
„*caussa, sive utriusque (i. e. sui et mei),*
„*et dolum et culpam mihi praestandam*
„*esse dico propter utilitatem.* L. 17. §. 2.
„ in f. D. *de praescriptis verbis,* verglichen
„ mit l. 10. §. 1. in fine D. *commod.*, wo
„*culpa* für *custodia* genommen wird.“

„„*Si rem inspectori dedi sui caussa,*
„*custodiam mihi praestabit; sed et si,*
„*dum refertur, periit, si ipse, cui voluit,*
„*commisit, aeque culpam mihi praesta-*
„*bit.*““““

So braucht man dann nicht *culpa levis* mit *diligentia* und *custodia* quantitativisch eins zu achten, um die Fragmente der Pandecten ausser Collision zu stellen, welche hier und da vom Verkäufer, Vermiether etc. blos *dolus* und *culpa* (d. h. im weiten Sinne), an anderen Orten *custodia* und *diligentia* fordern *).

---

*) Eben lese ich Gries: *diss. de generibus et gradibus culpae. Götting.* 1805. Dieser nimmt nur *culpa lata* und *levis* an, die *diligentia* und *custodia* sind ihm rechtlich eins (p. 22.) bedeuten ihm alle unrechtliche Unterlassung und sind ihm in dieser Bedeutung dem Grade nach durchaus nichts mehr als *culpa levis* (pag. 14.) . . . Neues finde ich in dieser Schrift gar nichts. — In den folgenden Blättern wird auch für sie genug Widerlegung seyn.

Die Unthätigkeit aus Versehen hat Grade, und zwar den rechtlichen Würkungen nach viererlei:

A.) das Extrem der Nichtkultur war den Römern *non intelligere, quod omnes intelligunt — culpae latae finis est non intelligere, quod omnes intelligunt,* sagt Paullus in l. 223. D. *de Verbor. significat*. . . Zwar scheint der Juriste damit nur ein Extrem der culpa lata bezeichnen zu wollen, welchem noch ein anderer Grad groben Versehens coordinirt sey, allenfalls der, welchen Donellus annahm. Allein *finis* hiefs bei den Alten überhaupt so viel als Begriff, Definition — diefs bezeugen uns Quinctilian *) und Sulpicius Victor **)

---

*) instit. orator. V, 10. VII, 3.

**) instit. orat. pag. 260. „*finis est, cum quaeritur, quid sis illud, quod in controversiam venit, aut quo nomine appellandum sit.*“ “ vergl. noch Jac. Gothofred ad l. 23. D. de reg. juris pag. 109.

— Paullus meinte hier gewifs nichts anders — diefs kann nicht deutlicher werden, als aus Ulpian's, seines Zeitgenossen, Fragmente 213. §. 2. D. eod. „*lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.* — Auch stellt diese Idee der beiden Juristen nichts weniger als das Perceptionsvermögen aller Menschen in der Welt zum Model dar. — Nein — der Ortssinn ist es, den sie meinen; die nähere Erklärung hierüber finden wir in *l.* 9. §. 2. *D. de juris et facti ignorantia* „*facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat*? Sollte übrigens der mindeste Zweifel über diesen Gemeinsinn obwalten, so wird ein jeder Richter von selbst wissen, ihn durch beschworne Corporationsattestate sogleich zu heben. Meistentheils wird es aber zur Untersuchung dieser *culpa lata* gar nicht kommen, denn unsere Gesetze weis-

sen den Richter an, vorerst an ein anderes Merkmal der Erfahrung sich zu halten, er soll vorerst zusehen, ob etwa der widerrechtlich unthätige Mitcontrahent in seinen eigenen Geschäften eben so unthätig ist? Sollte dieses würklich der Fall seyn, so entscheidet Paullus *): überzeugte sich aber der Richter etwa durch Augenschein, Zeugen oder auf sonstige Weise, dafs der Beklagte nicht einmal die Achtsamkeit seinem Mitcontrahenten gewidmet hätte, welche ihm doch in seinen eigenen Geschäften nicht fremd ist, so soll er nicht weiter forschen, sondern den-

---

*) Auch Ulpian in l. 22. §. 3. D. ad Sctum Trebellian. „*sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia; hujusmodi rei rationem reddet*““ d. h. wenn der Universalfiduciar (er ist Communionsinteressent) eben so nachlässig in Ansehung des Universalfideicommisses handelte, als in seinen sonstigen eigenen Geschäften, aber doch *culpa lata.*

selben geradezu als Betrüger behandeln. — Auf diese dem Menschensinne schon sehr einleuchtende Rechtsvermuthung gründet sich die Entscheidung von Celsus in *l.* 32. *D. depositi* „*quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et siquis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem is, quam suis rebus, diligentiam praestabit.*“ *) – Hierauf beziehen sich auch alle andere Stellen **), welche die *culpa lata* — *dolus, dolo proxima, prope fraudem, dolum repraesentans* nennen.

---

*) Gries cit. dissertat. pag. 8 und 9, erklärt den Ausdruck *finis* wie Doneau, und das *peccare negligentia rebus suis non consueta* für *culpa in concreto* . . .

**) l. 1. §. 1. *D. si is qui testamento.* l. 1. §. 5. *D. de oblig. et action.* l. 226. *D. de Verbor. significat.* l. 29. *pr. D. mandati.*

B.) Auch einen mittleren Grad der Cultur zur Abwendung schädlicher äusserer Umstände vom Eigenthume des Mitbürgers erkannten die Römer an, wovon sie das Recht des Beschädigten auf Entschädigung häufig abhangig machten — *diligentia, qualem bonus paterfamilias (in civitate) suis rebus adhibet.* — — Die Unachtsamkeit gegen den mittleren oder gewöhnlichen Grad der Cultur heifst *culpa* ohne Zusatz, *culpa levis.* Der Richter mufs den Grad der gewöhnlichen Cultur seiner Untergebenen genau studiert und aus Erfahrung kennen gelernt haben, im Nothfalle aber den Beweis darüber durch beschworne Zeugnisse der Privaten sich zu verschaffen suchen. — — Die Belege hierzu sind

l. 137. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* „*aestimet judex, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit: — habita ratione temporis, aetatis, valetudinis etc., cum*

id agat, ut mature perveniat (Ephesum), id est, eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire — eine Stelle, welche alle Einreden geradezu unnütze macht. — — l. 25. §. 16. D. *famil. ercisc.* „*non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres — non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic, propter suam partem, causam habuit gerendi: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.*“ “ “

l. 22. §. 3. D. *ad Senatusconsultum Trebell.* „*siquis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint vel aliae res perierint placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est: et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non*

B.) Auch einen mittleren Grad der Cultur zur Abwendung schädlicher äusserer Umstände vom Eigenthume des Mitbürgers erkannten die Römer an, wovon sie das Recht des Beschädigten auf Entschädigung häufig abhangig machten — *diligentia, qualem bonus paterfamilias (in civitate) suis rebus adhibet.* — — Die Unachtsamkeit gegen den mittleren oder gewöhnlichen Grad der Cultur heifst *culpa* ohne Zusatz, *culpa levis.* Der Richter mufs den Grad der gewöhnlichen Cultur seiner Untergebenen genau studiert und aus Erfahrung kennen gelernt haben, im Nothfalle aber den Beweis darüber durch beschworne Zeugnisse der Privaten sich zu verschaffen suchen. — — Die Belege hierzu sind

l. 137. §. 2. D. *de Verbor. obligat.* „*aestimet judex, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit: — habita ratione temporis, aetatis, valetudinis etc., cum*

id agat, ut mature perveniat (Ephesum), id est, eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire — eine Stelle, welche alle Einreden geradezu unnütze macht. — — l. 25. §. 16. D. *famil. ercisc.* „*non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres* — *non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic, propter suam partem, caussam habuit gerendi: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.*“ “ “

l. 22. §. 3. D. *ad Senatusconsultum Trebell.* „*siquis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint vel aliae res perierint placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est: et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non*

fecit, lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia: hujusmodi rei rationem reddet. " " "

l. 65. D. *de usufructu* „*usufructuarius debet omne, quod diligens paterfamilias in domo sua facit, et ipse facere.*" "

l. 13. §. 1. D. *de pignoratit. actione* „*venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.* l. 14. eod. „*ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. Add.* l. 22. §. ult. eod. und l. 54. pr. D. *de act. emt. vend.*

l. 137. §. 3. D. *de Verbor. obligat.* „*qui insulam fieri spopondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet, nec rursus uno aut altero contentus esse: sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris.* " " "

l. 7. Cod. arbit. tut. „ *quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi minores amiserint — hoc in tutelae judicium venire non est incerti juris.* “ “ “

l. 5. §. 2. *D. commod.* und l. 23. D. *de reg. jur.* darin kommt *culpa* ohne Zusatz vor, und in dem Entgegensatze von *culpa lata* und von *diligentia.* — Ganz werde ich erst unten im Commentar über diese letzte Stelle beweisen, dafs *culpa* ohne Zusatz oder *culpa levis* ein mittleres Versehen bezeichnet, wenn ich gezeigt habe, dafs *diligentia* ohne Zusatz im eigentlichen Sinne, das geringste Versehen bedeutet.

Übrigens bezogen die Römer die *culpa lata* sowohl als die *levis* durchaus in ganz gleichen Verhältnissen auf den totalen Verlust wie auf die blose Deterioration der Sachen, d. h. wer *culpa lata* oder *levis* prästiren mufs, steht sowohl für die blose Deterioration als für den tota-

len Verlust der Sache durch grobe oder mittlere Unachtsamkeit ein.

C.) Unstreitig foderten auch die Römer von Geschäftsinteressenten zuweilen die höchste Achtsamkeit, deren der Mensch nach der Bildung seines Zeitalters fähig ist — aber hier trennten sie mit Genauigkeit den totalen Verlust der Sache von der blosen Deterioration derselben.

Die möglichste Achtsamkeit gegen alle Eigenthum zerstörende äussere und innere *) Würkungen des Naturorganism achtete die römische Legislation jedem guten Hausvater eigen, sie foderte dieselbe, zwar nicht von jedem Con-

---

*) Innere konnten auch bei Sklaven von hohem Alter abgewendet werden l. 5. §. 6. *D. commodati* „*interdum et hominis custodia praestanda est, si ejus aetatis est, ut custodia indigeret.*“ — Bei uns fällt dieses weg.

trahenten, doch von jedem in gewöhnlichem Grade cultivirten Manne, und der Kunstausdruck dafür war *custodia* — es ist ja sehr begreiflich, dafs der Schade des totalen Verlustes für den Sachberechtigten am Meisten schmerzhaft, am Wenigsten ersetzlich, und demnach mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden ist; aber in ganz gleichem Verhältnisse steht auch die Aufmerksamkeit für das Nichtabhandenkommen der Sache — durch dritte Personen, Diebstahl, Usucapion — oder durch sie selbst, wohin das Entfliehen der Sklaven *) gehört — daher auch diese Aufmerksamkeit *custodia* genannt wird ... Wenn *diligentia* im engen Sinne soviel wie möglichste Achtsamkeit nach der Bildung des Zeitalters sogar in

---

*) l. 5. §. 6. *D. commodati* „*interdum et hominis custodia praestanda est, si (forte) vinctus commodatus est*“ — wovon die heutige Anwendung wieder wegfällt.

Ansehung der blosen Deterioration der Sachen heifst, und Oppositum von geringstem Versehen überhaupt ist (diefs zeige ich im Commentar zu l. 23. de reg. jur.), so ist *custodia* allerdings *pars diligentiae* — ja sie kann *diligentia* (nempe custodiendae rei) genannt werden. Die Exegese kann nicht wohl trügen:

§. penult. institut. de locat. conduct. „qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo *custodia* talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit, *et aliquo casu fortuito eam amiserit*, de restituenda ea non tenebitur.“ “ Nur auf Verlust, nicht auf Verschlechterung der gemietheten Sachen, wird hier die custodia bezogen, und dabei auf die höchste Achtsamkeit, so, dafs nur das Ungefähr, nur der wahre Zufall den Miethsmann von der Restitu-

tionsverbindlichkeit befreiet. Konnte irgend ein Anderer durch seine bessere Achtsamkeit den Ruin abwenden, so ist der Empfänger schon gehalten l. 1. §. 4. D. de obligat. et action. „is, qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere nequit, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen *exactissimam diligentiam custodiendae rei* praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, *si alius diligentior custodire poterit.* Im Auszuge heifst es §. 3. Instit. quibus modis re contrah. obligat. „is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendae rei* praestare jubetur, nec sufficit ei tantum diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est, *si modo alius diligentior poterat eam rem custodire:*

sed propter majorem vim majoresque ca-
sus non tenetur.“ “ “

l. 11. D. de peric. et commod. rei vend.
„si vendita insula (Gebäude) *combusta*
esset, cum incendium sine culpa fieri
non possit, quid juris sit? Respondit:
quia sine patris familia (dritte Personen,
welche nicht Hauskinder, auch nicht
Sklaven des Hausvaters sind) culpa fieri
potest; neque, si servorum negligentia
factum esset, continuo dominus in culpa
erit; quamobrem *si venditor eam dili-*
gentiam in insula custodienda, quam de-
bent homines frugi et diligentes prae-
stare, adhibuisset, siquid accidisset, ni-
hil ad eum, pertinebit.“ “ “ Das Ab-
brennen ist gänzlicher Verlust,
welchen schon jeder ordentliche Haus-
vater mit möglichstem Fleifse abzuwen-
den suchen mufs; darauf ist die custodia
berechnet . . . L. 1. §. 35. D. depositi

sagt, custodia beziehe sich auf periculum, nur nicht auf casus fortuiti.

l. 17. §. 4. D. de praescript. verbis „si, cum vestimenta mihi venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec *perierint* vi ignis aut alia majore: *periculum* me minime praestaturum; ex quo apparet, *utique custodiam ad me pertinere.* — — Diese Stelle ist wohl die deutlichste unter allen denjenigen: welche die custodia auf den gänzlichen Untergang der Sache beziehen, und ihre Grenze unmittelbar an das Reich des Zufalles oder der Gewalt des Stärkeren anreihen. Add. l. 28. Cod. de locato et conducto „in judicio tam locati quam conducti dolum *et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest*, venire constat. " " " l. 19. Cod. de pignor. „sicut *vim majorem* pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed

et *custodiam* exhibere cogitur.“ l. 13. §. 1. l. 14. D. de pignorat. act. „venit autem in hac actione et *dolus et culpa* ut in commodato, venit et *custodia*, *vis major non venit*: ea igitur, quae *diligens* paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — Die culpa levis ist ja gerade das Versehen gegen den mittleren Grad der Cultur, welchen jeder ordentliche Hausvater besitzt, und die custodia wird zwar nicht von jedem Geschäftsinteressenten, aber doch von jedem guten Hausvater gefordert.

Ob meine Sache von einem Dritten oder durch äussere Umstände völlig destruirt wird, oder ob ein Dritter dieselbe usucapirt, ist mir ein gleich grofser Schade, ich verliere immer meine Sache selbst: das Verhindern der Usucapion ist also ebenfalls custodia. l. 1. §. 7. D. usufructuarius quemadmodum caveat. l. 2. eod. „Non ipsam rem stipulatur proprietarius; inutiliter enim rem

suam stipulari videretur, sed stipulatur restitutum iri, quod inde extabit. Interdum auten inerit proprietatis aestimatio; *si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare: neglexit:* omnem enim rei curam suscipit; *nam fructuarius custodiam priestare debet.*

Völlige Destruction der Sache und Usucapion derselben vereiteln die Möglichkeit, der Sache wieder habhaft zu werden durchaus: wer sie abwenden muſs, haftet für *custodia plena*: durch den Diebstahl kommt der Berechtigte freilich auch um die Sache selbst, darum steht auch hierauf die *custodia* in besonderer Beziehung, aber dieſs ist doch nur *custodia minus plena*, denn es ist noch immer möglich, vermittelst der Vindication oder Condiction die ausfindig gemachte Sache sich wieder zu verschaffen — über die Beziehung der custodia auf das Furtum sowohl als über den

Unterschied zwischen custodia plena und minus plena sprechen die Gesetze sehr deutlich:

l. 14. pr. D. de furtis „mandare venditorem plane oportebit emtori *furti actionem et condictionem et vindicationem*; et siquid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit; quae sententia vera est, et sane periculum rei ad emtorem pertinet, *dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*" "" §. 15. eod. „non solum auten in re commodata competit ei, cui commodata est, *furti actio*, sed etiam in ea quae ex ea nata est, *quia et hujus custodia ad eum pertinet.*" "" l. 52. §. 3. D. pro socio „quodsi a *furibus* subreptum sit pecus, proprium socii detrimentum est, quia *custodiam* praestare debuit." "" l. 35. §. 4. D. de contrah. emtione „si res vendita per *furtum* perierit, prius ani-

advertendum erit, quid de custodia inter eos convenerit — si nihil appareat convenisse, talis *custodia* desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidet, securus esse debet, *ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emtori.* " " "

l. 5. §. 15. D. commod. „si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, et dolum et culpam et diligentiam et *custodiam* praestabunt, et ambobus competit *furti actio.* " " "

l. 10. §. 1. D. commod. „si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur; et siquidem mea caussa dedi, dum volo exquirere pretium, dolum mihi tantum praestabit; si sui, et *custodiam;* et ideo *furti* habebit actionem. " " "

l. 1. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. „sed et *custodiam* ad diem mensurae ven-

et *custodiam* exhibere cogitur.“ l. 13. §. 1. l. 14. D. de pignorat. act. „venit autem in hac actione et *dolus et culpa* ut in commodato, venit et *custodia*, *vis major non venit*: ea igitur, quae *diligens* paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — Die culpa levis ist ja gerade das Versehen gegen den mittleren Grad der Cultur, welchen jeder ordentliche Hausvater besitzt, und die custodia wird zwar nicht von jedem Geschäftsinteressenten, aber doch von jedem guten Hausvater gefordert.

Ob meine Sache von einem Dritten oder durch äussere Umstände völlig destruirt wird, oder ob ein Dritter dieselbe usucapirt, ist mir ein gleich grofser Schade, ich verliere immer meine Sache selbst: das Verhindern der Usucapion ist also ebenfalls custodia. l. 1. §. 7. D. usufructuarius quemadmodum caveat. l. 2. eod. „Non ipsam rem stipulatur proprietarius; inutiliter enim rem

suam stipulari videretur, sed stipulatur restitutum iri, quod inde extabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio; *si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare: neglexit:* omnem enim rei curam suscipit; *nam fructuarius custodiam praestare debet.*

Völlige Destruction der Sache und Usucapion derselben vereiteln die Möglichkeit, der Sache wieder habhaft zu werden durchaus: wer sie abwenden muſs, haftet für *custodia plena*: durch den Diebstahl kommt der Berechtigte freilich auch um die Sache selbst, darum steht auch hierauf die *custodia* in besonderer Beziehung, aber dieſs ist doch nur *custodia minus plena*, denn es ist noch immer möglich, vermittelst der Vindication oder Condiction die ausfindig gemachte Sache sich wieder zu verschaffen — über die Beziehung der custodia auf das Furtum sowohl als über den

Unterschied zwischen custodia plena und minus plena sprechen die Gesetze sehr deutlich:

l. 14. pr. D. de furtis „mandare venditorem plane oportebit emtori *furti actionem et condictionem et vindicationem*; et siquid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oortebit; quae sententia vera est, et sane periculum rei ad emtorem pertinet, *dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.* " " "

§. 15. eod. „non solum auten in re commodata competit ei, cui commodata est, *furti actio*, sed etiam in ea quae ex ea nata est, *quia et hujus custodia ad eum pertinet.* " " "

l. 52. §. 3. D. pro socio „quodsi a *furibus* subreptum sit pecus, proprium socii detrimentum est, quia *custodiam* praestare debuit. " " "

l. 35. §. 4. D. de contrah. emtione „si res vendita per *furtum* perierit, prius ani-

advertendum erit, quid de custodia inter eos convenerit — si nihil appareat convenisse, talis *custodia* desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidet, securus esse debet, *ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emtori.* " " "

l. 5. §. 15. D. commod. „si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, et dolum et culpam et diligentiam et *custodiam* praestabunt, et ambobus competit *furti actio.* " " "

l. 10. §. 1. D. commod. „si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur; et siquidem mea caussa dedi, dum volo exquirere pretium, dolum mihi tantum praestabit; si sui, et *custodiam;* et ideo *furti* habebit actionem. " " "

l. 1. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. „sed et *custodiam* ad diem mensurae ven-

ditor praestare debet. " " l. 2. §. 1. eod. „*custodiam* autem ante admetiendi diem *qualem* praestare venditorem oporteat, *utrum plenam*, ut et diligentiam (d. h. custodiendae rei) praestet, an vero dolum dundaxat? videamus: et puto *eam diligentiam* (d. h. *custodiam* vergl. l. 23. de reg. jur. und l. 5. §. 2. D. commod. wo er nur für culpa levis, und gerade nicht für diligentia d. h. für geringstes Versehen in Rücksicht auf Deterioration der Sache tenent gemacht wird) venditorem exhibere, *ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum* d. h. *custodia plena*, welche alle Verhältnisse des Verlustes begreift. """ l. 3. D. eod. „*Custodiam* venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est – und der Commodatar steht doch gewifs für allen Verlust der Sache ein, für die *plena* oder, wie sie Ulpian nennt, *diligens custodia* — l. 5. §. 5. commod.

„*custodiam* plane commodatae rei *diligentem* debet praestare — nicht das mindeste Versehen darf ihm zur Last fallen l. 5. §. 4. eod. „quod senectute contigit, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi *aliqua culpa* interveniat. " " "

Der höchste Grad der Cultur besteht in aller nach der Bildung des Zeitalters möglichsten Achtsamkeit, dafs der Verbindlichkeitsgegenstand durch äussere Umstände nicht verschlechtert werde — das ist die *diligentia* im engen Sinne, *diligentia* ohne Zusatz, so viel als culpa levissima in non faciendo. Diese diligentia wird so wenig von jedem Contrahenten gefodert, als sie keinesweges jedem guten Hausvater eigen geachtet wird — nur wenige besondere Verhältnisse begründen sie. Wir haben es jetzt mit denjenigen zu thun, welche keine von der culpa levis

unterschiedene levissima annehmen — doch nennen wir sie auch nicht *levissima*. Ulpian soll entscheiden, denn von ihm ist die hierher gehörende classische Stelle, die l. 23. D. de regulis juris.

„Contractus quidam dolum malum dundaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam *mandatum*, *commodatum*, *venditum*, *pignori acceptum*, *locatum*, *item dotis datio*, *tutela*, *negotia gesta*: in his *quidam* *) et *diligentiam* — societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.“ “ “

Doneau und alle seine Anhänger, auch Gries verstehen unter dieser diligentia im engen Sinne soviel als culpa (levis) in non faciendo — es muſs also gezeigt werden, daſs diese Auslegung reiner Irrthum ist.

---

*) Die meisten Editionen lesen *quidem*, einige glossirte aber ebenfalls *quidam* — die erstere Leseart benimmt der Stelle allen Sinn.

Acht Geschäfte sind es, von welchen einige — quidam — die diligentia recipiren, eigentlich also nur drey, höchstens aber vier, denn wer fünf als einige von acht auffiihrt, hat Unsinn gesprochen, er mufste Statt dessen sagen: die meisten — plurimi. — — Nehmen wir nun mit Doneau die diligentia für culpa levis in non faciendo, so wird sich's bald zeigen, dafs wir entweder Ulpian emendiren oder die angenommene Bedeutung der diligentia verlassen müssen.

1) Die Vormundschaft recipirt diligentiam im Sinne Doneau's. l. 10. D. de administrat. tutor. „Generaliter quotiescunque *non fit* nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit; non videtur defendi — sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem *detrectat* — das ist gewifs culpa levis *in non faciendo* — defendi non videtur.“ “ “ Namentlich fordert die diligentia als

Oppositum der culpa levis vom Vormund l. 33. pr. D. eod. „a tutoribus pupillorum et curatoribus *eadem diligentia* exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.*“ “ “ Ganz deutlich macht Scävola den Tutor für Unterlassungen *ex culpa levi* d. h. für Versehen gegen die diligentia ideonei patrisfamilias verantwortlich in l. 57. pr. D. eod. „Chirographis debitorum incendio exustis cum ea inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, *id omisissent* circa debitores pupillorum: an, siquid propter hanc *cessationem* eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequantur: respondit, si probatum fuerit, *eos tutores hoc per dolum vel culpam.* — Da unter dolus die culpa lata schon begriffen, und nirgends in den Gesetzen neben dem dolus noch besonders ausgedrückt ist,

so muſs culpa hier nothwendigerweise die levis bezeichnen — *praetermisisse*, praestari ab his hoc deberi.“ “ “ Eben so l. 39. §. 2. eod. „ne forte, si rem coeptam *deserverit*, *fraudis vel culpae* caussa condemnetur.“ “ “ Noch ein Beispiel in l. 39. §. 7. eod. „rerum provincialium tutores in urbe caussas appellationis impuberum agentes, rerum italicarum curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent; alioquin si prius in provinciam redierint, *dolum aut culpam* (nämlich levem in Betreff des unterlassenen Antrages auf richterliche Bestellung der Curatoren für das in Italien liegende Pupillarvermögen) eorum in ea quoque parte judex recte conveniet.“ “ “ Julian nennt es *culpa* (versteht sich levis in non faciendo), wenn der Tutor seinen Contutor nicht suspect machte etc. l. 2. und 3. D. de magistrat. conven. Dafür soll er haften.

Endlich l. 7. Cod. arbitrium tut. „quidquid tutoris dolo vel culpa lata *aut levi* seu curatoris minores amiserint, vel, cum possent, *non adquisierint*, hoc in tutelae judicium venire non est incerti juris.““ Es war bekannten Rechtens, dafs der Vormund für culpa levis in faciendo, wie *in non faciendo* oder nach Doneau für diligentia im engen Sinne einstand.

2) Die Miethe recipirt diligentiam nach der Erklärung Doneau's. Diefs zeigt uns Ulpian, aus dem die l. 23. de reg. jur. excerpirt ist, selbst in l. 13. §. 6. D. Locati „si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere — das ist doch Versehen, und zwar mittleres Versehen durch Nichtthun — auch ganz allgemein in l. 11. §. 2. D. eod. „prospicere debet conductor, ne aliquo vel jus rei vel corpus deterius faciat, *vel fieri patiatur*; wenn er das fieri de-

terius nicht hinderte, so steht er dafür ein, vorausgesetzt nach anderen Stellen, dafs die Nachläfsigkeit culpa levis ist. Dasselbe bestätiget Hermogenian l. 12. D. eod.

3) Die Pfandannahme recipirt diligentiam oder culpam levem in non faciendo: darüber finden wir das sicherste Zeugnifs von Ulpian selbst in l. 25. pr. D. de pignorat. act. „sicut *negligere* (das heifst doch gewifs non facere) creditorem dolus (culpa lata) et *culpa* (levis), quam praestat, non patitur, ita etc. . . Ist es dann nicht culpa levis in non faciendo, wenn man Servituten, die dem herrschenden Grundstücke ankleben, nicht ausübt, und durch diese Nichtausübung dieselben verliert? Und doch sagt derselbe Ulpian l. 15. eod. „et si praedium fuit pigneratum, et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint. “ “ “

Fordert nicht auch Paullus die diligentia boni patrisfamilias vom Pfandgläubiger in l. 14. D. de pignorat. act. „ea, quae *diligens paterfamilias* in rebus suis praestare solet, a creditore exiguntur.““““

4) Der Kaufcontract recipirt auch diligentiam in jenem Sinne. — Auch hierüber haben wir von Ulpian selbst wieder ein Fragment, worin der Verkäufer nicht blofs für die culpa lata im Nichtthun, sondern auch für die culpa levis der Art einsteht. l. 31. §. 11. und 12. D. de aedilitio edicto „Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeritur, numquid culpa emtoris? nam si culpa ejus decessit, pro viro habendus est — culpam omnem accipiemus, non utique latam, *etiam si non adhibuit medicum*, ut sanari possit,““““ d. h. nach einer besseren Erklärung culpa lata und levis, welche omnis culpa nach Ulpian sind, denn dieser nennt das geringste

Versehen im Nichtthun nicht culpa levissima, sondern kunstmässig diligentia oder diligentiae omissio. — Das geringste Versehen im Thun nennt er freilich culpa levissima (l. 44. ad legem aquiliam) aber diefs gehört unter eine ganz andere Rubrik, nämlich unter die lex aquilia und die darin gegebenen Klagen.

5) In Betreff des Mandates, der Geschäfteverwaltung und des Commodates wird ohnehin Niemand zweifeln, dafs sie alle drei culpam levem in non faciendo recipiren: l. 21. Cod. mandati, „aliena negotia exacto officio geruntur, nec *quidquam* in eorum administratione *neglectum* culpa vacuum est.“ “ §. 1. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nascunt. „*ad exactissimam diligentiam* compellitur reddere rationem negotiorum gestor, nec sufficit talem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius

administraturus esset. “ “ “ l. 18. §. 2. commod. „in rebus commodatis *talis diligentia* praestanda est, qualem *quisque diligentissimus* paterfamilias suis rebus adhibet, ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non potest.“ “ “

Wir sehen, dafs nach der Erklärung von diligentia im eigentlichen Sinne, wie sie Doneau giebt, Ulpian unter einigen Geschäften, von acht, sieben verstanden hätte — das wäre in der That lächerlich. — Wie steht es dann auch um die communio (incidens)? Ulpian fordert dabei culpa, aber nicht diligentia — ist diese nicht geforderte diligentia culpa levis in non faciendo? Was sagt Paullus dazu in l. 23. §. 18. D. famil. erciscundae „*culpae* nomine tenetur, qui, cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas *passus est non utendo* amitti. “ “ “ Culpa ohne Zusatz ist doch von Allen als culpa levis anerkannt,

auch kann das Vergessen, Servituten auszuüben, gewifs nicht als grobes Versehen durchaus angesehen werden. — — Und haftet der Socius nicht auch für culpa levis in non faciendo? Ulpian sagt doch nichts anders in l. 52. §. 11. D. pro socio „siqui Societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo (hierunter begreift Ulpian nach einem allgemeinen Sprachgebrauche jedesmal die culpa lata) vel *culpa* (nämlich levi) *emta non sit*, pro socio esse actionem *constat*.“ Wenn nun derselbe Ulpian in l. 23. de regul. jur. den Socius nicht für diligentia tenent macht, wem kann es im Ernste einfallen, dafs der Juriste unter dieser *diligentia* im eigentlichen Sinne die culpa levis in non faciendo sollte verstanden haben?

Ulpian müfste also emendirt werden! — aber er erklärt sich in einer andern Stelle eben so. In l. 23. D. de reg. jur. sagt er *quidam* contractus recipiunt *diligentiam*, in l. 5. §. 2. D. commodati legt er nur dem

Commodatar *diligentia* auf, nicht dem Pfandgläubiger, nicht dem Ehemann in Betreff der Dotalien, nicht dem Miethsmanne oder Vermiether, nicht dem Gesellschafter: dort war noch vom Tutor mit Bezug auf culpa die Rede, hier nicht, aber von diesem fordert Ulpian gewifs nicht die diligentia im engen Sinne, wie vom Commodatar: in l. 23. de reg. juris führte der Juriste noch die negotiorum gestio und das mandatum auf, von beiden schweigt er in l. 5. §. 2. commodati, wo er auch nur beim Commodat die diligentia fodert. *)

---

*) l. 5. §. 2. D. commodati „in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus — sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. *Commodatum* autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii Sen-

Machen wir nun den Versuch, aus der Vergleichung dieser beiden Stellen (l. 5. §. 2.

---

tentia existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam.* " " " Diese Stelle läfst sich mit Doneau's Darstellung schlechterdings nicht vereinigen — nur Unsinn kann das Resultat aller Versuche der Art seyn. — Sprache, Geist des Gesetzes und historische Wahrheit müssen jämmerlich verdreht werden. — Auch für einen Anfänger war es gar unwürdig, was Gries mit aller Mühe herausbrachte (cit. dissert. pag. 21. 22.) „quod ad hanc legem attinet, perperam ea „sic acciperetur, quasi a solo commodatario „culpa omissionis vel diligentia exigatur... „Alias enim haec lex et cum iis legibus „pugnaret, in quibus e. gr. venditorem, „conductorem atque creditorem pignorati„tium quoad culpam ab iis praestandam „commodatarium imitari dicitur; et regulae „ex L. 17. §. 2. praescr. verb. petendae, „qualis in quolibet negotio culpa praestanda „sit (detractis exceptionibus), in eo pen„dere, utrum ejus de cujus culpa agitur „utilitas in negotio vertatur nec ne, id vero „nihil ad rem interesse utrum omni utili„tate solus quis fruatur an utilitas commu-

D. commod. und l. 23. D. de regul. juris) den wahren Sinn der diligentia im eigentlichen

---

„nis sit (das steht im ganzen corpus juris „nicht). Itaque sic Ulpianum ratiocinari „putaverim: In quaestionem vocat, quid „veniat in commodati actione, utrum do- „lus an et culpa. Quam rem ex regula de „culpae pro diversitate contractuum prae- „statione judicans ita rationem concludit. „In contractibus interdum dolum solum in- „terdum et culpam praestamus. Is qui nul- „lam ex contractu utilitatem capit dolum „solum praestat, sed ubi utriusque utilitas „vertitur dolus et culpa praestatur; atqui „commodatarius plerumque vel solus utilita- „tem ex commodato percipit; ergo et illum „quamlibet culpam, tam culpam in sensu „stricto quam diligentiam, praestare aequum „est. — In propositionibus prioribus latius „culpae vocem Ulpianus accipit, ita qui- „dem ut utrumque culpae genus ea com- „plectatur; in conclusione vero argumen- „tationis discretis utrumque culpae et dili- „gentiam vocibus designat (wahrlich ein „meisterhafter Pleonasm), vel ideo forte „quod Q. Mucius, ad quem provocat, his „ipsis verbis usus erat (kann seyn, aber ge-

Verstande aufzufinden. — Wir wollen als erwiesen voraussetzen, dafs von der schäd-

---

„wifs auch in der nämlichen Zusammen-
„stellung, wie Ulpian), vel ut magis ur-
„geat, quidquid ulla commodatarii culpa ac-
„cidat ab eo praestandum esse, de ejus enim
„culpa tantum agitur, nec defuisse viden-
„tur qui solam culpam latam ei imputarent
„(in der That, dieſs hat viel Wahrschein-
„lichkeit aus l. 18. pr. eod. von Gajus
„und l. 25. eod. von Pomponius!!!). Ad
„hanc legem ita interpretandum, praeter
„caeteras supra allatas, insuper his rationi-
„bus moveor: quod, nisi in principio argu-
„mentationis una culpae voce utrumque
„contineretur, tam id quod culpa quam
„quod diligentia postea vocatur, ejus con-
„clusioni Ulpianus aliquid insereret quod
„neque in quaestionem venit (Videamus
„quid veniat in commodati actione, utrum
„dolus an et culpa — noch etwas mehr
„steht dabei, an vero et omne pericu-
„lum —), nec in regula positum est unde
„quaestio judicatur (In contractibus inter-
„dum dolum solum interdum et culpam
„praestamus etc.). " " " Alles, was sich mit Grunde behaupten läfst, ist, dafs es streitig war, ob der Commodatar etwa nur für culpa

lichen Thätigkeit in Contracten nicht besonders die Rede seyn kann, indem diese vermöge der lex aquilia überall und nach dem Zeugnisse vieler Specialfragmente auch in Contractverhältnissen einer Entschädigungsklage unterworfen ist. — Das Abwenden äusserer schädlicher Umstände aber muſs begreiflich besonders versprochen seyn; dieſs läſst sich nur in Contractverhältnissen denken, und dabei giebt entweder ausdrückliche Verabredung der Interessenten oder Natur des Vertrages Bestimmung; nur darauf gehen die Vorträge über die culpa in Contracten, welche wir in den Fragmenten der Pandecten finden; so finde ich den Weg zur Interpretation der l. 23. D. regul. jur. und l. 5. §. 2. commod. von der Philosophie des Rechtes vorgezeichnet — vielleicht irren wir nicht.

---

levis, nicht aber für ein geringstes Versehen haften sollte? Für diese letztere Behauptung entscheiden die angesehensten Männer.

Beide Stellen verstehen unter culpa durchaus nur die Responsabilität für schädliche Unthätigkeit

1) aus groben Versehen — culpa lata — dafür nur stehen der Depositar und der Empfänger eines Precariums *):

*) Warum wird dann überall des Versehens von Seiten des Deponenten nicht gedacht? Mir ist dieses sehr begreiflich, — wie kann der Deponent als solcher zur Abwendung äusserer schädlicher Umstände von dem Eigenthume des Depositars gehalten seyn? Das läfst sich nicht denken, und darum kann von seinem Nichtthun oder von seiner Unthätigkeit (culpa Sensu proprio) in Contractverhältnissen keine Rede seyn — — ich weifs gar wohl, dafs ihn die gemeine Theorie, auch Doneau, für culpa levissima einstehen lassen; auch ich mache ihn für das geringste Versehen tenent, aber freilich nur für das im Thun, d. h. wenn er durch Versehen ein schädliches Depositum hingab, dann wende ich das aquilische Gesetz auf ihn an. Alles dieses gilt auch von Mandanten. Da die lex aquilia durch-

2) aus mittlern Versehen — culpa ohne Zusatz — dafür auch stehen der

---

aus die schädliche Thätigkeit vindicirt so bedürfte es hierüber keiner eigenen Stelle; doch finde ich noch eine von Julian l. 61 §. 5. D. de furtis „quod ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, non aeque dicendum sit, *omnimodo* damnum praestari debere: *et quidem hoc amplius servandum*, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogetur: *justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset; idque evidentius in caussa depositi* apparere: nam certe mandantis *culpam* esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. — Unter culpa ist hier eine jede schädliche Thätigkeit aus was immer für einem Versehen gemeint, diefs bewährt das *omnimodo* damnum praestari debere. . . Am Ende spricht zwar Julian von einer Negligenz; aber nur von einer solchen, welche Begleiterin der schädlichen Thätigkeit ist, welche mit Thätigkeit in

Käufer und Verkäufer, der Miethsmann und Vermiether, der Pfandgläubiger, der Vormund, der Ehemann in Betreff der Dotalien, der Socius, der Commu-

---

Eins verwebt schädlich ward. — Diese kommt ja ohnehin bei jedem schädlichen Factum vor, und ändert an der Begründung der Aquilia nichts. vergl. noch I. 8. D. ad legem aquiliam. — — In der Person des Commodanten ist dieses freilich ganz anders, dieser haftet für Unthätigkeit als Commodant gar nicht, dieſs ist nicht denkbar; für Thätigkeit haftet er als solcher nur in Beziehung auf *dolus* und *culpa lata* l. 61. §. 6. D. de furtis „circa commodatum autem merito aliud „existimandum, videlicet quod tunc ejus „solius commodum, *qui utendum rogaverit*, „versetur: itaque eum, qui commodaverit, „si dolo quid fecerit, non ultra pretium „servi quid amissurum: quin etiam paullo „remissius circa interpretationem doli mali „debere nos versari, quoniam nulla utili„tas commodantis interveniat. " " " Eben so kann der Geber eines Precarium gewiſs nur für dolus und culpa lata einstehen. — — Aber weder dieser noch der Commo-

nionsinteressent, der Commodatar, der Mandatar und der Geschäfte verwalter.

3) aus geringstem Versehen in Betreff der Deterioration der Sache (von der custodia ist hier keine Rede) — diligentia im engen Sinne — dafür sogar stehen der Commodatar, der Geschäfteführer, der Mandatar — diese sind die *quidam*, welche Ulpian in l. 23, worin sie alle drei stehen, meint, und

---

dant machen eine Ausnahme von der alles Versehen in Thun vindicirenden Aquilia, indem ihre Thätigkeit nicht von freien Stücken eintritt, sondern vom Empfänger seines alleinigen Vortheiles halben erbeten ist; der Commodatar bittet ja, dafs ihm diese oder jene bestimmte Sache zum Commodat nicht sowohl gegeben als vielmehr nur erlaubt werde; bringt sie ihm Schaden, so schreibe er sich's selbst zu, er bat darum, und mufste sie selbst kennen — eben so der Empfänger eines Precarium; aber vermöge allgemeiner Gesetze sollen sie doch nicht durch dolus oder culpa lata des Eigenthümers Schaden leiden.

von welchen er nur den ersteren, d. h. den Commodatar als verpflichtet zur diligentia in l. 5. §. 2. commod., worin von den zweien anderen keine Rede ist, auszeichnet.

Um der Wahrheit Willen! was kann Zweifel erregen über die Richtigkeit des Unterschiedes zwischen mittlerem und geringstem Versehen? das quod *plerique* ejusdem conditionis homines solent praestare ist doch gewifs ganz auffallend verschieden von dem *si modo alius diligentior commodius administraturus esset.*

„l. 137. §. 2. D. de verbor. obligation. §. 1. in fine institut. de obligat. quae quasi ex contractu nascuntur.“ “

Wie manche andere Stellen sprechen noch für diesen Unterschied, welcher auch einem reinen practischen Gefühle gewifs nicht entgeht!

Jetzt erst schreite ich zur Untersuchung der einzelnen Vertragsverhältnisse, und der schädlichen Unthätigkeit aus Versehen, so weit sie denselben prästirt wird. Ausser Vertragsverhältnissen läfst sich kein Anspruch auf Ersatz für Unthätigkeit denken, ausgenommen sie müfste als Folge eines Dolus behandelt werden. Diefs finden wir am bonae fidei possessor. So lange derselbe nicht belangt worden ist, steht er für gar nichts ein, weder für Totalruin noch für Verschlechterung der Sache — quasi suam rem neglexit — rem suam perdere existimatur — — aber nach erfolgter Litiscontestation mufs er für alles, auch das geringste Versehen, sogar im Nichtthun, einstehen, denn sobald nur die Klage erhoben ist, sind alle Besitzer gleich, die Gesetzgebung behandelt sie in so ferne alle von nun an wie den praedo.

l. 31. §. 3. D. de heredit. petit. „bonae fidei possessor ante petitam hereditatem nulli querelae subjectus est: postea vero *et*

ipse praedo est.“ “ “ Dafs hier von allen Klagen eine Regel aufgestellt werde, und keinesweges von einer eigenen Beziehung der Erbschaftsklage die Rede sey, bestätiget l. 25. §. 7. D. eod. „ante litem contestatam adjectum est, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam: quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur — et hoc jure hodie utimur, coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.“ “ “ Eben dahin kann auch l. 45. D. de rei vindicat. verstanden werden. — Es war ja sogar streitig, ob der bonae fidei possessor nach erhobener Klage nicht auch für den reinen Zufall verhaftet sey? Paullus ent-

schied jedoch in so ferne zu seinen Gunsten vergl. l. 40. D. de heredit. petit *).

Unter Vertragsverhältnissen begreifen wir Contracte und obligationes quasi ex contractu, ich behandle sie in einer ihrer practischen Wichtigkeit angemessenen Ordnung:

a.) Der Käufer muſs zu rechter Zeit den Kaufschilling zahlen, und zwar das Eigenthum desselben auf seinen Verkäufer übertragen.

l. 11. §. 2. in fine D. de action. emt. et venditi „emtor autem nummos venditoris facere cogitur.“ Dabei läſst sich kein Versehen im Nichtthun denken.“

---

*) Daſs l. 15. §. 3. D. de rei vind. nicht entgegen, und nur vom malae fidei possessor im Zusammenhange mit §. 1. eod. und l. 12. eod. zu erklären ist, werde ich an einem andern Orte zeigen.

Der Verkäufer aber muſs von Zeit der rechtlich eingetretenen Contracts-verbindlichkeit an *) die Sache vor Beschädigungen in Acht nehmen; er steht 1) für Unthätigkeit aus mittlerem Versehen, sogar in Betreff der Deterioration der Sache, ein, d. h. für *culpa levis*. l. 23. D. de regulis juris. l. 5. §. 2. D. commodati. l. 13. §. 22. D. de act. emt. vend. (ebenfalls von Ulpian) „ et siquid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere; si modo *sine culpa* venditoris mortem obierit. " " " l. 21. circa finem D. de heredit. vel actione vend. „ fundi venditor fructus praestat bonae fidei ratione, quamvis: si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, *nisi si culpa* ejus argueretur. " " " 2) für die *custodia*

*) Hieher gehört auch, wenn die gesetzte Bedingung auf den Anfang des Geschäftes zurückgezogen wird.

plena, d. h. nicht nur für den Diebstahl, den jeder ordentliche Hausvater hätte hindern gekonnt (denn custodia plena ist ja jedem guten Hausväter eigen), sondern auch für die Usucapion, vermittelst welcher ein Dritter die Sache an sich ziehen könnte, und überhaupt für alle sonstige destruirende Würkungen der Natur l. cit. 2. §. 1. und l. 3. D. de peric. et commodo rei venditae. l. 1. §. 1. D. eod. l. 11. eod. 3) für ein geringstes Versehen im Nichtthun, wodurch die verkaufte Sache nur verschlechtert wurde, d. h. für *diligentia*, im engen Sinne, steht er der Regel nach nicht. l. 23. D. de regulis juris. l. 5. §. 2. D. commodati.

Es finden sich in unserem Gesetzbuche Stellen, welche diese drei Behauptungen wenigstens schwankend zu lassen scheinen — sie müssen erklärt und mit den aufgeführten Gesetzen vereiniget werden. Ich sagte, der

Verkäufer sey für culpa levis tenent — er wird ja doch nur für dolus und culpa lata verbindlich gemacht und zwar vom grofsen Ulpian in l. 2. §. 5. D. de hereditate vel actione vendita „ sed et siquid *dolo malo* eorum (nämlich des Erbschaftsverkäufers und dessen Erben) factum est, quo minus ad eum perveniat, et hoc emtori praestandum est: fecisse autem dolo malo, quo minus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. *Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.*“ “ “ Ganz richtig, nach der Natur dieses besondern Verhältnisses — der Erbschaftsverkäufer verkauft nicht einzelne Sachen, sondern sein Erbrecht, praestat se heredem esse — es ist auch gerade seine erklärte Absicht, sich um die einzelnen Sachen der Verlassenschaft nicht bekümmern zu wollen, darum haftet er nicht für die Eviction l. 2. pr. D. de hered. vel act. vend.,

darum haftet er nur für dolus und culpa lata . . . Sollte er jedoch eine bestimmte Forderung einzutreiben und zu prästiren versprochen haben, so binde ich ihn in so weit wieder an die allgemeine Regel, dafs er nämlich zur culpa levis gehalten ist. — Diesen Sinn finde ich in l. 3. de hered. vel actione vendita „ Si venditor hereditatis *exactam* pecuniam sine dolo malo *et culpa* perdidisset, non placet, eum emtori teneri“ “ “ *exactam*, d. h. welches der Käufer sich besonders bedungen hatte, denn an und für sich ist ja der Verkäufer nicht schuldig, Erbschaftsschulden selbst einzutreiben — ohne diese besondere Verabredung zwischen Käufer und Verkäufer hier anzunehmen, wäre auch der Zusatz, *exacta*, ganz überflüfsig und unbedeutend.

Meine zweite Foderung an den Verkäufer gieng auf die custodia plena, d. h. schon an und für sich, ohne sie noch besonders versprochen zu haben; in Betreff des Diebstahls spricht zwar auch noch ganz besonders

dafür l. 14. pr. D. de furtis „et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. — Auch Gajus, der in l. 2. §. 1. D. de periculo et commodo rei venditae vom Verkäufer die custodia plena fodert, führt dieselbe Sprache in Ansehung des Furtum, wie Ulpian in der ebenangeführten l. 14. pr. de furtis — er macht den Verkäufer schlechthin zur custodia tenent, d. h. wie sie jeder gute Hausvater prästirt, l. 35. §. 4. D. contrah. emt. „si res vendita per furtum perierit, et de custodia nihil appareat convenisse; *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias rebus suis adhibet;* quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet — nur soll er jetzt seine Klagen gegen den Dieb an den Käufer abtreten *)

---

*) In Ansehung der Gewalt giebt es keine custodia, sondern mit der Abtretung seiner Klagen gegen den Gewaltthätigen an den Käufer hat der Venditor alles gethan. l. 31.

— ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori. " " " Aber so ganz ruhig können wir noch nicht seyn; §. 3. Instit. de emtione venditione scheint zur custodia in Betreff des Entkommens ein besonderes Versprechen des Verkäufers hierüber zu erfordern, und ohne ein solch besonderes Versprechen der Custodia nur culpa levis von ihm zu fordern: es heifst dort: „Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit,

---

pr. D. de action. emt. et vend. „Si ea res, quam ex emto praestare debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit: actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur . . . Kann er keine Klagen abtreten, weil er selbst keine hat, so wird er verurtheilt l. 35. §. 4. in f. D. de contrah. emt. „qui alienam rem vendidit, cum nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est etc. " " "

ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit; *animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem* venditor susceperit? Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: *si non susceperit, securus erit. Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus.* Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriae actione. " " " Wäre blos von Sklaven die Rede, so könnten wir mit Stillschweigen diese Stelle mit ihrem heutigen Unwerthe beruhen lassen, indem wir ohnehin wissen, dafs die custodia hominis selten und nur in eigenen Verhältnissen prästirt wird *): aber das Entkommen der Thiere insgesammt, so wie auch das

---

*) l. 5. §. 6. D. commodati „*interdum* et hominis custodia praestanda est, si (nempe e.g.) vinctus commodatus est etc.

Abhandenkommen, aller anderen Sachen wird den des Sklaven gleichgesetzt, und darum müssen wir die Stelle mit ganz besonderer Gewissenhaftigkeit interpretiren . . . Wenn wir auf den ganzen Inhalt des angeführten Gesetzes achtsam zurücksehen, so kann uns nicht entgehen, dafs darin nur die Frage erörtert wird:

„wann der Verkäufer für einen reinen „Zufall, wodurch die Sachen entkamen, „gehalten seyn soll „ad ipsius periculum „is *casus* pertinet.“ “ “

Für den reinen Zufall steht der Verkäufer nach eingetretener Contractsverbindlichkeit nie ein. — Der Käufer trägt ihn — doch giebt es hiervon eine Ausnahme — wenn nämlich der Verkäufer für den Zufall einzustehen besonders versprochen hat, d. h. *si custodiam susceperit* . . . Custodiam suscipere heifst also in der Person solcher Contrahenten, welche schon nach gesetzlicher Verordnung ohnehin für custodia einstehen,

nicht das besondere Versprechen, für custodia haften zu wollen *), denn wozu sollte dieses besondere Versprechen dienen? — sondern es heifst bey allen diesen so viel als das Versprechen, für den Zufall haften zu wollen — das bedarf freilich einer besonderen Verabredung — und so ist es beim Verkäufer — aber nicht das geringste Versehen in Ansehung des gänzlichen Entkommens der verkauften Sache darf ihm zur Last fallen; diefs drückt die Stelle der Institutionen ganz allgemein durch culpa aus, denn sie führt hier nur Fälle des gänzlichen Entkommens (nicht blofser Detetioration) der Sachen auf, und fodert in dieser Hinsicht vom Ver-

---

*) War man nicht ohnehin zur custodia hominis (wegen des Entfliehens etc.) verpflichtet, und machte sich doch freiwillig dazu anheischig, so sagt Ulpian hiervon: „si hoc actum est, ut custodiam (hominis) is, qui rogavit (als Commodatarius) praestet.“ l. 5. §. 6. in f. D. commod.

käufer die *culpa* bis an die Grenze des Zufalles, wie sich also von selbst versteht, das geringste Versehen.

Aber die *diligentia* im engen Sinne habe ich dem Venditor erlassen. Hören wir, was Proculus in l. 68. pr. D. de contrahenda emtione hiervon sagt: „Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emtori accessurum esse: existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam *diligentiam* praestare debere.““ Hier ist aber diligentia nicht im engen Sinne gemeint, wie Ulpian diesen Ausdruck in l. 23. D. de regulis juris und in l. 5. §. 2. D. commodati nahm; sondern im Sinne des gemeinen Lebens für Fleifs, wie ihn jeder ordentliche Hausvater in seinen Geschäften anwendet, und heifst so viel als das Oppositum von culpa levis in non faciendo. — Proculus erklärt sich selbst ganz deutlich, er beschreibt seine diligentia dahin „non solum ut a te dolus malus absit, sed

etiam ut culpa.“ “ “ Überhaupt scheint die von Proculus beabsichtete diligentia zu Zeiten Ulpian's entweder schlechthin culpa ohne Zusatz, oder auch diligentia mit dem Zusatz: idonei patrisfamilias oder quam bonus paterfamilias suis rebus adhibere solet benannt worden zu seyn. — Ulpian selbst wenigstens trägt uns denselben Fall vor, den Proculus vortrug, und bedingt dieselbe Verbindlichkeit des Verkäufers schlechthin von culpa ohne Zusatz, l. 13. §. 16. D. de actionibus emti et venditi „in his autem, quae cum re emta praestari solent, non solum dolum, *sed et culpam* (d. h. levem in non faciendo) praestandam arbitror, nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit: cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem (nämlich vom bisherigen Miethsmanne der Sache) exigat, et emtori praestet, non solum dolum *sed et culpam* eum praestare debere.“ “ “ Verspreche ich also meinem Hauskäufer, das rückständige Miethegeld vom bisherigen

Miethsmanne einzutreiben und ihm zu geben, so ist es nicht gerade nöthig, alle mögliche Mittel dazu auszuklügeln, Arreste auf Waaren, die im Stillen noch als Eigenthum des etwa bald insolventen Schuldners eintreffen; auszuwürken etc., sondern es ist genug, wenn ich den gewöhnlichen Weeg der Klage nicht versäumt habe, ich stehe nur in Betreff dieser Forderung für ein mittleres Versehen ein, wie die Regel sagt, in so ferne nicht die gänzliche Zerstörung oder das Abhandenkommen der gekauften eigentlichen Sachen zur Sprache kommt. — — Die Stelle von Proculus steht also meiner Behauptung gar nicht im Weege, sie ist vielmehr bestätigend; inzwischen finde ich noch eine andere Stelle, welche es gar zu arg machen will, es ist l. 18. §. 9. D. de damno infecto „— §. 7. eod. wird gesagt: wenn sich der Käufer eines Grundstückes vor geschehener Traditioncaution damni infecti bestellen lasse, so gelte diese nur für den Schaden,

welcher sich nach erfolgter Tradition am Gebäude ereignet — §. 8. „sondern der Verkäufer müsse sich, bevor er das Gebäude tradire, für den vor der Übergabe allenfalls entstehenden Schaden durch Einsturz des nachbarlichen Gebäudes vom Nachbar Caution stellen lassen — §. 9. heifst es nun: „sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, et ob hoc emtor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit? revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet (diefs ist Objection, welche sogleich gelöfst wird)? Sed nihil in hac caussa proficit stipulatio (emtori), nisi in id, quod post traditionem accidit; quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet, *omnemque diligentiam emtori praestare*; et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.“ “ “ Diese Stelle ist von Paullus, einem Zeitgenossen von Ulpian; mit dem verschiedentlichen Sprachgebrauche

läfst sich also hier nicht aushelfen; und überdiefs heifst es auch *omnis diligentia*. — — Freilich könnte es so viel heifsen wie custodia plena, aber etwas steht dieser Erklärung im Weege, nämlich — nicht immer wird ein Gebäude durch den Einsturz eines anderen gänzlich destruirt, häufig nur beschädiget, verschlechtert, und die custodia haben wir doch in dieser Hinsicht auf totalen Ruin der Sachen bezogen. — — Dessen ungeachtet hätten wir mit dieser Erklärung der diligentia durch custodia das Ziel eben nicht verfehlt: Ruinen in den Städten zu verhüten, gehört der polizeilichen Aufsicht anheim, einerlei, sie seyen im höchsten oder geringeren Grade der öffentlichen Ordnung entgegen, das gemeine Beste macht es demnach der Gesetzgebung zur Pflicht, alle Störungen der Art zu verhüten — am Schönsten erreicht sie ihren Zweck, wenn sie ein Mittel auffindet, wodurch sie alle mit Einemmale zerschlägt: So ein Mittel gegen alle

Störungen der öffentlichen Ordnung durch Einsturz der Gebäude stellte die römische Gesetzgebung auf durch die cautio damni infecti, es ward zum Grundsatz erhoben, dafs die interpositio stipulationis de damno infecto ante traditionem domus venditae von Seiten des Verkäufers *pars custodiae* seyn sollte — in Ansehung dieser Stipulation oder Cautionsfoderung steht also der Verkäufer der öffentlichen Ordnung wegen durchaus für den höchsten Fleifs, für omnis diligentia, für custodia ein . . . Die historische Wahrheit des angeführten Grundsatzes verbürgt uns gerade derselbe Paullus, von dem die l. 18. D. de damno infecto ist.

l. 36. D. de actionibus emti et venditi

„venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet; quia, antequam vacuam possessionem tradat, *custodiam et diligentiam* praestare debet: et *pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipula-*

tionem, et ideo, si id neglexerit, tenebitur emtori. " " "

Zum Schlusse dieser Abhandlung über den Kauf und Verkauf wiederhole ich nun noch, was ich oben im ersten Theil schon ausgeführt habe, dafs der Verkäufer, wie fast jeder andere Contrahent, auch für das geringste Versehen im Thun und alle dadurch entstandene Deterioration haften mufs. — Diesem Satze, welcher in seiner Allgemeinheit aus der lex aquilia hervorgeht, wird keinesweges widersprochen §. 3. institut. de emt. venditione, wenn hierin gesagt wird „ si homo aliqua parte corporis laesus fuerit, emtoris damnum est. " " Denn in dieser Stelle ist, wie schon oben gesagt wurde, durchaus nur von rein zufälligen Schäden — periculum — die Rede, und von culpa als einem Gattungsbegriffe, dergestalt, dafs die darin begriffenen Species, in so ferne sie für jeden einzelnen Fall anwendbar sind, aus anderen

Gesetzen bestimmt werden müssen. Eben so ist l. 20. §. 2. D. de praescriptis verbis, wo in Bezug auf einen Kauflustigen nur von culpa die Rede ist, zu erklären — um so weniger kann dabei Bedenken entstehen, da diese Stelle von Ulpian ist, welcher selbst den Kauflustigen kurz vorher zur custodia verpflichtet *).

b) Der Vermiether sowohl als der Miethsmann haften 1) für *culpa levis*. Ausser den oftangezogenen l. 23. D. de regulis juris und l. 5. §. 2. D. commodati adminiculiren noch folgende Stellen: l. 25. §. 4. D. locati conducti „*culpae* conductoris et illud adnumeratur si propter inimicitias ejus vicinus arbores ex-

---

*) l. 17. §. 4. D. de praescript. verbis „si, cum vestimenta mihi venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore; periculum me minime praestaturum; ex quo apparet, utique *custodiam* ad me pertinere.“ “ “

ciderit. " " " l. 11. §. 3. D. eod. „qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset; ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi *culpa* conductor careret." " " l. 13. §. 1. D. eodem „Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et, cum flumen Mindurnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur: *Labeo*, si culpa caret, non teneri ait. — Freilich hatte der Navicular die Waaren in ein anderes Schiff gebracht, als das eigentlich bestimmte war (dieſs könnte als schädliche Thätigkeit der Aquilia unterworfen scheinen); allein doch kann hier nur mittleres Versehen im Nichtthun in Anschlag kommen, und mit der dafür bestimmten actio locati geklagt

werden: denn der Schade geschah' extrinsecus alia caussa oblata, und für solche Fälle hat Labeo schon an einem anderen Orte (l. 57. D. locati) die Anwendbarkeit der Aquilia verworfen, wie ich oben im Eingange des zweiten Theiles dieser Abhandlung anführte. Eben um in dieser Hinsicht aller Irrung vorzubeugen, führte ich die Stelle hier an: sie ist inzwischen auch noch wegen einer andern Frage bedeutend, welche ich weiter unten behandeln werde. . . l. 31. D. locati „in navem Saufeji cum complures frumentum confuderant, Saufejus uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: *quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione?* respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem genetis reddere-

ciderit. " " " l. 11. §. 3. D. eod. „qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset; ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi *culpa* conductor careret." " " l. 13. §. 1. D. eodem „Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et, cum flumen Mindurnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur: *Labeo*, si culpa caret, non teneri ait. — Freilich hatte der Navicular die Waaren in ein anderes Schiff gebracht, als das eigentlich bestimmte war (diefs könnte als schädliche Thätigkeit der Aquilia unterworfen scheinen); allein doch kann hier nur mittleres Versehen im Nichtthun in Anschlag kommen, und mit der dafür bestimmten actio locati geklagt

werden: denn der Schade geschah' extrinsecus alia caussa oblata, und für solche Fälle hat Labeo schon an einem anderen Orte (l. 57. D. locati) die Anwendbarkeit der Aquilia verworfen, wie ich oben im Eingange des zweiten Theiles dieser Abhandlung anführte. Eben um in dieser Hinsicht aller Irrung vorzubeugen, führte ich die Stelle hier an: sie ist inzwischen auch noch wegen einer andern Frage bedeutend, welche ich weiter unten behandeln werde. . . l. 31. D. locati „in navem Saufeji cum complures frumentum confuderant, Saufejus uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: *quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione?* respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem genetis reddere-

tur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. — Ex superiore caussa rem domini manere; ex posteriore in creditum iri. — — Idem juris esse in deposito — nam siquis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi ut *tantumdem* pecuniae solveret, secundum quae videri triticum factum Saufeji et recte datum — — quodsi *reparatim tabulis* aut heronibus etc. clausum uniuscujusque triticum fuisset, *ita ut internosci posset, quod cujusque esset*, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare, et ideo se improbare actionem oneris aversi, quia, sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in

creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset; sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse judicium oneris aversi. *Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi posset*, conductorem *culpam* duntaxat praestare — — neque omnimodo culpam esse; quod uni reddisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem ejus conditionem faceret, quam caeterorum.“ “ “

Aus dieser Stelle ist es klar, dafs der Conductor für culpa levis einstehet: aber warum steht dabei „si ita datum esset, ut in simili solvi possit? „Soll daun etwa der Conductor nur unter dieser Modification für culpa levis haften? Dagegen mufs der Grundsatz gerettet werden. Alfenus erörtert den Fall, wenn ein Schiffsrehder, der von Dreien Getraide zum Überschiffen bekam, dem Einen

eine Portion davon vorher, ehe das Schiff untergieng, abgegeben hätte — — er unterscheidet, ob das Getraide in eigenen Körben etc. gegeben worden wäre, d. h. so, dafs man die Portion des Einen von der des Andern unterscheiden konnte — oder nicht; in jenem Falle giebt er dem Eigenthümer des an den Dritten vom Rehder gegebenen Korbes Getraide gegen den Empfänger die Vindicationsklage und gegen den Rehder die actio furti, — im zweiten Falle hat Vindicationsklage gegen den Empfänger durchaus nicht Statt, denn der Rehder wurde Eigenthümer dessen, was ihm der Locator gegeben hatte, auch hat gegen den Rehder keine actio furti Statt, hierauf bezieht sich das datum (expresse vel tacite) ut in simili re solvi possit, — sondern hier ist blos die Contractsklage gegen den Rehder begründet, wenn er anders *in culpa* (levi) versirte. Diese Stelle handelt also einen besonderen Fall ab, und beantwortet die Fragen, wann ausschliefs-

lich Contractsklage gegen den Conductor, und insonders ob *actio oneris aversi* Statt habe. *) — — 2) Beide haften einander für *custodia plena*. l. 28. Cod. de locato conducto „in judicio tam locati quam conducti dolum et *custodiam* venire constat.“ “ “ §. penult. institut. de locatione

*) Beide Stellen, l. 13. §. 1. und l. 31. D. locati conducti sagen nichts von der custodia, die der Conductor doch leisten muſs, wenn es Erhaltung der Sache gilt — sie reden beide vom Untergang der Sachen mit dem Schiffe, aber nur auf culpa des Conductors nehmen sie hierbei Rücksicht — — macht dieſs nicht den Grundsatz, daſs der Conductor für custodia haftet, oder gar den Begriff der custodia selbst bedenklich? Keins von beiden — wer selbst seine Sache auf Risico des Totalruins hingiebt, kann unmöglich vom Mitcontrahenten mehr verlangen, als gewöhnlichen Hausvaters Fleiſs zur Abwendung einer solchen im voraus bestimmten Gefahr. — — Das Waarentransportiren über Meer ist ja doch gewiſs ein solch risquantes Geschäft. . .

conductione „qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo *custodia* talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet (denn schon jedem ordentlichen Hausvater ist ja die custodia eigen), quam si praestiterit et *aliquo casu fortuito* eam *amiserit*, de restituenda ea non tenebitur.“ “ “ Aus der Satzung, dafs der Conductor für custodia plena haftet, wird die Folge abgeleitet, dafs er die actio furti hat. §. 16 und 17. instit. de obligat. quae ex delicto nascuntur „si fullo polienda curándave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit; ipse furti habet actionem, non dominus, *quia domini nihil interest, eam rem non perire*, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam consequi possit — — nam ille fullo etc. *custodiam* praestat.“ “ “ Dasselbe wiederholt Ulpian l. 12. pr. D. de furtis „itaque fullo, qui curanda vel polienda vestimenta accepit, agit

(d. h. furti), praestare enim custodiam debet " " " *) — und in l. 48. §. 4. D. eod. „si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, *quia custodia rei ad te pertinet etc.*" " " — — 3) für *diligentia* im engen Sinne haften sie einander der Regel nach nicht. l. 23. D. de regulis juris und l. 5. §. 2. D. commodati. — Gajus scheint zu widersprechen l. 25. §. 7. D. locati „Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, siqua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae *diligentissimus quisque* observa-

*) In l. 10. §. 14. eod. sagt Ulpian „quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo *culpa* ejus subrepta sit res." " " " Wer kann zweifeln, dafs Ulpian hier unter culpa die omissio custodiae meinte!

turus fuisset. Idem scilicet intelligemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit — *idemque etiam ad caeteras res transferri potest*: allein es scheint auch nur so, und wir haben zweierlei andere Wege, diese Stelle richtiger und im Einverständnisse mit allen übrigen Stellen zu erklären: Ist der Schade nämlich durch positive Thätigkeit geschehen, d. h. unmittelbare Folge derselben, so kommt das geringste Versehen in Anschlag und wird durch die Aquilia vindicirt — Sollte aber Gajus hier die Unthätigkeit durch Versehen verstanden haben, wie es dann am meisten glaublich ist, so heifst es „*fracta columna*“, und es ist von gänzlichem Ruin der Sache, d. h. von der *custodia* die Rede, welche Gajus an anderen Orten diligentia (custodiendae rei) genannt hat, z. B. in l. 2. §. 1. D. de periculo et comm. rei vend. „custodiam venditor praestare debet, id est, eam diligentiam, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.“ “ “ In diesem (wahrschein-

lichen) Sinne das Fragment von Gajus verstanden, dient es nur noch zur Bestätigung des Grundsatzes, dafs der Conductor für custodia plena haftet.

Für welche Unthätigkeit müssen

c) die Gesellschafter einander haften?

Ulpian macht sie schlechthin für *culpa* (levis), d. h. für mittleres Versehen, wofür jeder gute Hausvater einstehet, tenent l. 23. D. de regulis juris, l. 5. §. 2. D. commodati. — Unter culpa verstehen hier alle Stellen blos Unthätigkeit *); aber mehrere darunter fordern vom Socius nur diligentia, quam

*) Dafs alle schädliche Thätigkeit des Socius dem aquilischen Gesetze unterworfen ist, wurde oben ausgeführt. Ulpian trägt diefs noch besonders vor l. 47. §. 1. pro Socio „Si damnum in re communi socius dedit, aquilia teneri eum, et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt.“ “ “

in suis rebus praestare solet: z. B. 72. D. pro socio „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet;* quia, qui parum diligentem sibi socium adscivit, de se queri debet.““ Eben so §. ult. instit. de societate „socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, siquid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est, desidiae atque negligentiae nomine? quaesitum est: praevaluit tamen sententia, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, *sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet;* nam qui parum diligentem socium

sibi assumit, de se queri sibique hoc imputare debet.“ “ “ Wie sollen wir Ulpian mit Gajus und mit dem Institutionentexte conciliiren? Gewöhnlich betreibt man nach erlangter Grofsjährigkeit seine eigenen Geschäfte allein, fleifsig oder minder fleifsig; tritt man nachmals mit einem Anderen in Gesellschaftsverhältnisse, so ist man demselben wenigstens zu der Thätigkeit verbunden, mit welcher man bisher seine eigenen Geschäfte betrieb (diese hat der Richter nach äusserlichen Merkmalen zu untersuchen): doch geht diese Verbindlichkeit nie weiter, als auf das mittlere Versehen, welches jeder gute Hausvater nicht zu begehen pflegt (culpa; aber eben für dieses letztere Versehen mufs ein jeder seinem Gesellschafter einstehen, welcher noch nie seine eigenen Geschäfte oder noch nie allein, d. h. ohne Vormund betrieb; z. B. wer gleich nach dem Aus-

tritte aus seiner bisherigen Handelscondition oder nach dem Austritte aus der Vormundschaft Gesellschafter wurde — denn hier fällt der Maasstab der diligentia, quam in suis rebus ganz weg, und doch dürfen auch solche Fälle, welche zumal täglich in der Praxis vorkommen, von der Gesetzgebung nicht unbestimmt gelassen werden; dem anderen Contrahenten kann ja hier keine Unvorsichtigkeit in der Wahl zur Last fallen, er erwartet mit Recht von seinem Mitcontrahenden die Achtsamkeit eines guten Hausvaters *) . . . Für *diligentia* im engen Sinne steht der Socius nicht, eben so wenig für custodia plena, sondern nebst

---

*) Ich erinnere hier, dafs die beiden angeführten Stellen nebst so manchen andern die culpa als Oppositum von diligentia aufführen und durch negligentia erklären. — Wie soll diligentia im engen Sinne culpa levis in non faciendo seyn?

der diligentia quam in suis rebus und culpa levis haftet er nur noch für *custodia* in Beziehung auf das Furtum. — Dieſs sagt derselbe Ulpian, der vom Socius an mehreren Orten höchstens culpa levis fordert; l. 52. §. 2. und 3. D. pro socio: „utrum tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat? quaeritur: et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artisve est velamentum. — — Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia socii non coguntur praestare, ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit — *quodsi a furibus sub-*

reptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit, si modo societatis contrahendae caussa pascenda data sunt, quamvis aestimata . . . Uebrigens mag der Socius auf der andern Seite noch so viel durch ganz besondern Fleifs der Gesellschaft genutzt haben, so hat er doch keine Wohlthat der Compensation gegen einen sonstigen Schaden, welchen er an und für sich ersetzen müfste *).

d) der Pfandgläubiger steht für *culpa levis* und für *custodia plena*, aber nicht für *diligentia* im engen Sinne ein:

l. 23. D. de regulis juris.

l. 5. §. 2. D. commodati.

l. 25. D. de pignoratit. act. „sicut negligere creditorem (pignoratitium) *dolus et culpa*, quam praestat, non

---

*) Die Zeugnisse hierüber von Paullus und Ulpian (l. 25. und 26. D. pro socio) sind bekannt . . .

patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum. " " "

l. 15. D. eod. „creditor, cum pignus reddit, de dolo debitori debet repromittere: et, si praediuun fuit pignoratum, et de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. " " "

Das Vergessen, Servituten, die dem herrschenden Grundstücke ankleben, auszuüben, gehört allerdings zur culpa levis, in so ferne nicht von Verpfändung der Servituten hauptsächlich, sondern von Deterioration des hauptsächlich verpfändeten Grundstückes die Rede ist.

§. 4. Institut. quibus modis re contrahitur obligatiocreditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accipit, restituenda tenetur actione pignoratitia.

Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit, *sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat* — d. h. diligentia im engen Sinne prästirt er nicht, sondern nur custodia plena — quam si praestiterit et *aliquo fortuito casu rem amiserit*, securum esse, nec impediri creditum petere.“ “ “

l. 19. Cod. de pignoribus et hypothecis „sicut vim majorem pignorum creditor, praestare non habet necesse, ita *dolum et culpam sed et custodiam* exhibere cogitur.“ “ “

l. 13. §. 1. und l. 14. D. de pignoratia actione „Venit autem in hac actione et *dolus et culpa*, ut in commodato; *venit et custodia*: vis major non venit — — ea igitur, *quae di-*

ligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exigun-
tur. " " " Diese Stellen waren von
jeher die cruces Jureconsultorum. —
Viele emendirten das ut durch at,
und übersetzten so: die Pfandan-
nahme recipirt dolus und culpa levis,
aber das Commodat auch custodia:
denn sie verstanden unter custodia
ihre culpa levissima, und, da der
Pfandgläubiger doch nicht allein al-
len Nutzen aus dem Pfande bezieht,
so mufste es ihnen hiernach ein Dorn
in den Augen seyn, wenn er für
jedes geringste Versehen haften sollte,
wie der Commodatar *). Inzwischen
würde auch diesen Mifsverstand der
custodia angenommen, der gegebe-

*) Unter diesen Emendanten steht auch *Ort. Westenberg* principia juris secundum ordinem Digestorum, lib. XIII. Tit. VII. §. 29.

nen Erklärung die Entgegenstellung des *pignus* und des *Commodatums* immer stark im Wege seyn, denn diese stünde ja da wie vom Himmel gefallen: übrigens reihte sich wohl die Folgerung von Paullus in l. 14. nach dieser Interpretation an die l. 13. ganz hübsch... Eben dieser Schluſs von Paullus steht einer anderen Interpretation, welche man ohne alle Emendation versuchte, schnurstracks entgegen. Der groſse Abraham Wielnig *) und eine Menge seiner Schildknappen beziehen die §. 1. auf den Fall, den Ulpian l. 13. princ. vorträgt **),

---

*) vergl. dessen lectiones juris civilis — ad l. 13. §. 1. D. de pignoratitia actione.

**) „Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus et

auf die rei vindicatio oder actio in factum, welche dort dem Pfandschuldner, gegen den Drittten gegeben wird, welchem der Pfandgläubiger das Pfand unter der Bedingung verkauft hatte, dasselbe an den Eigenthümer gegen Erstattung des Kaufschillinges zurückzugeben; kein Wunder, raisonniren sie, dafs ein solcher Käufer für culpa levissima haften mufs, denn er kaufte ja mit Bewufstseyn eine fremde verpfändete Sache. . . Der ersten Erklärung läfst sich also wegen der Emendation und der sonderbaren Entgegenstellung des Pfandes gegen das Commo-

---

est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. Sed et ipse debitor aut *vindicare* rem poterit aut *in factum actione* adversus emtorem agere. " " "

dat nicht beistimmen, der zweiten darum nicht, weil sich die Schlufsfolge, welche Paullus in l. 14. aufstellt, damit nicht verträgt... Wir können durch diese Stellen nicht sehr in Verlegenheit kommen – der Pfandgläubiger steht für dolus, für culpa levis, wie der Commodatar, auch für custodia plena, also für das, was jeder gute Hausvater in seinen Geschäften leistet; aber nicht für diligentia im engen Sinne, wie der Commodatar (l. 5. §. 2. D. commodati); da diese diligentia im engen Sinne die custodia plena begreift, und Ulpian in Ansehung dieser diligentia den Pfandgläubiger dem Commodatar nicht vergleichen konnte, so sagte er von jenem noch besonders „*venit et custodia*“ “ “ ... Ich sage: der Pfandgläubiger steht für custodia plena,

dies zeigt die Ausnahme: *vis major non venit, vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse*, insonders der Nachsatz des §. 4. Instit. cit. „securum esse (creditorem), si *aliquo fortuito casu rem amiserit.*““““ Ulpian sagt in l. 14. §. 6. D. de furtis „si culpa mea servus mihi pignori datus subtractus sit, agere potero (furti), quia interest, eo quod teneor pignoratitia actione.“ Dies ist Subsumtion unter die *custodia plena.*

Der Pfandschuldner wird nirgends für culpa levis verpflichtet, wozu ihn die gemeine Theorie und Doneau verpflichten; aber freilich für das geringste Versehen seiner positiven Thätigkeit mufs er Ersatz leisten. Die Beweise hierüber und die Erklärung sind schon an verschiedenen anderen Orten gegeben worden.

e) der Vormund steht für culpa levis, sowohl in Betreff des positiven Schadens, der durch seine Unthätigkeit entsteht, als auch in Ansehung eines vernachlässigten Gewinnes, welcher dem Bevormündeten hätte zu Theile werden gekonnt.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 7. Cod. arbitrium tutelae „quid, quid tutoris dolo vel lata culpa *aut levi* seu curatoris minores amiserint, *vel cum possent, non adquisierint*; hoc in tutelae judicium venire non est incerti juris. " " "

l. 1. pr. de tutelae et ration. distr. „in omnibus quae non fecit tutor, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, *culpam et quantam in suis rebus diligentiam.* " " " Dieser letzte Zusatz bezieht sich auf diejenigen Fälle, wenn der Vormund schon als Hausvater seine eige-

nen Geschäfte besorgt hat — sonst ist der Maasstab seines nöthigen Fleifses nach dem zu bestimmen, wie es jeder ordentliche Hausvater macht. Namentlich so lehrt Ulpian selbst (der Autor der l. 23. de regulis juris) in l. 10. D. de administratione et periculo tutor. „Generaliter quotiescunque *non fit* nomine pupilli, *quod quivis paterfamilias idoneus facit*; non videtur defendi. " " " In denselben Ausdrücken Callistratus l. 33. pr. D. eod. „a tutoribus et curatoribus pupillorum *eadem diligentia* exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam paterfamilias* rebus suis *ex bona fide* praebere debet. " " " Addat. l. 39. §. 7. D. eod.

Was jedoch die Vernachläfsigung zu machender Gewinne betrifft, so

kommt hierbei Alles darauf an, ob solche Gelegenheiten schon im Voraus gewifs bestimmt waren? denn ohne eine solche sichere Vorausbestimmung d. h. wenn nichts anders als blose Hoffnung dazu vorhanden war, haftet der Vormund nur für *culpa* oder *negligentia lata* — z. B. es läfst sich erweisen, dafs mehrere theils vortheilhaftere theils minder vortheilhafte Gelegenheiten eines Hauskaufes für den Pupillen vorhanden waren, und dem Tutor ein Anderer durch Benutzung der besten zuvorkam — er hätte es etwa versuchen gekonnt, ob die beste Condition für den Pupillen zu erhalten war, er hätte allenfalls bei diesem oder jenem Freunde oder Commissionär des Verkäufers ansprechen gemufst etc. — hier war noch im Voraus gar nichts in Betreff des zu machenden Gewinnes mit Gewifsheit bestimmt, hier steht also der Vormund nur für

culpa lata ein. — Dieses Alles abstrahire ich aus Ulpian's l. 7. §. 2. D. de administratione tutorum „quid si tutores neque sordide neque gratiose (contraxerint), *sed non bonam conditionem elegerint?* Recte quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare in hac parte debere " " " . . . Für diligentia im engen Sinne und für custodia haftet der Vormund nicht — kein Wunder! Er ist zur Lohnlosen Uebernahme dieses beschwerdevollen Amtes gezwungen — — doch finden wir einen Fall, wo der Vormund auch für diligentia im engen Sinne haftet. — Diesen trägt uns Paullus vor in l. 53. §. 3. D. de furtis „qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actionem ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, *vel in eo tutore, qui dili-*

gentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione, solus administrationem suscepit. " " " Dies kann auch der Fall seyn, wenn mehrere legitime Tutoren miteinander concurriren, darum sagt Paullus „veluti. " " "

Gewöhnlich haften die Erben für eben den Grad von culpa, wie ihre Erblasser: bei den Erben des Vormundes ist dieſs anders, sie haften nur für culpa lata, d. h. für das, was ihr Erblasser culpa lata nicht that und doch thun muſste.

l. 39. §. 6. D. de administrat. et peric. tut. „tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres ejus postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, *quia non videtur levis culpa*, contra juris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare." " "

In dem öffentlichen Zwange, welcher mit den Vormundschaften verbunden ist, hat auch diese Ausnahme wahrscheinlich ihren Grund *).

f) Der Trödelcontract (Commissionshandel) — contractus aestimatorius — recipirt dolus und culpa levis — für custodia haftet der Empfänger nicht, viel weniger für diligentia im engen Sinne, oder gar für den reinen Zufall, das periculum, ausgenommen, wenn er den Eigenthümer darum bat, ihm die Waare in Commission zu geben.

l. 17. §. 1. D. de praescriptis verbis „si margarita tibi aestimata dedero

---

*) Sonderbar ist der Grund, den Höpfner hiervon giebt im Commentar §. 942. am Ende . . . Es versteht sich übrigens nach allgemeinen Regeln vom Transitus der Klagen gegen die Erben von selbst, dafs der Rechtsstreit darüber noch nicht mit dem Vormunde angefangen, noch nicht lis contestirt war, vergl. auch l. 1. Cod. de hered. tutor.

ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem — cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, *si tu me, tuum*: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut *dolum et culpam* mihi praestes. — Wer den Antrag bittweise gestellt hat, versprach hiermit stillschweigend, die Gefahr zu übernehmen. — Die angeführte Stelle ist von Ulpian, welcher eben einen solchen Antrag als Bedingung, für den Zufall zu haften, in der Person des Trödlers unterstellt, wenn er l. 1. §. 1. D. de aestimatoria sagt „ aestimatio (d. h. contractus aestimatorius) autem periculum facit ejus, qui suscepit (d. h. nur dann trägt der Trödler die Gefahr, wenn

er sie übernahm, periculum si susciperet, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, nämlich durch den bittweisen Antrag): aut igitur rem ipsam debebit incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit *). Dafs die l. 11. pr. D. de rebus creditis keine Ausnahme hiervon macht, dazu bedarf es nichts weiter als der Ansicht dieser Stelle.

g) Der Communionsinteressent ist verpflichtet quasi ex contractu, entweder als Administrant einer gemeinschaftlichen Erbschaft oder einer sonstigen einzelnen Sache; die Klagen sind hiernach entwe-

---

*) Man mufs nur nicht verstehen, qui aestimationem recipit, oder aestimatio für Taxation interpretiren, wie die meisten wollen. Eben so Wehrn im angef. Werke S. 226. — Nur in Bezug auf custodia und diligentia führte ich diese Stellen aus. — Das weitere gehört eigentlich in die Lehre vom Casus.

der judicium familiae erciscundae oder judicium communi dividundo. Die Gesetze nennen ihn häufig Socius. Es kommt darauf an, ob er schon von der durch seine Unthätigkeit dem Mitcontrahenten zugefügten Beschädigung als Hausvater seinen eigenen Geschäften vorstand — oder nicht. — — Im letzten Falle haftet er für *culpa levis*.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 25. §. 18. D. familiae erciscundae „*culpae* nomine tenetur, qui, cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.““““

Im ersten Falle hingegen haftet er nur so weit für Unthätigkeit, als er nicht in seinen eigenen Geschäften dergleichen zu begehen pflegt, oder wenn sie sich zur culpa lata qualificirt.

l. 25. §. 16. D. familiae erciscundae „non tantum dolum sed et culpam in re

hereditaria praestare debet coheres — *non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias,* quoniam hic propter suam caussam habuit gerendi (d. h. er hat ja auch Antheil) et ideo (weil er nicht rein fremde Geschäfte besorgte) negotiorum gestorum ei actio non competit: *talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.* — Eadem sunt, si duobus res legata sit.““

l. 22. §. 3. D. ad Senatusconsultum Trebell.: „siquis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint vel aliae res perierint, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, *sed ejus, quae dolo proxima est,* et ita Neratius libro primo responsorum scribit — sed et, si, cum distrahere deberet, non fecit, *lata culpa non levi et rebus suis consueta negligentia,*

hujusmodi rei rationem reddet: " " " Der Universalfiduciar ist Communionsinteressent; denn auf jeden Fall bezieht er wenigstens den vierten Theil der Erbschaft als Trebellianische Quarte, auch hat das judicium familiae erciscundae gegen ihn wie gegen einen Miterben Statt (l. 24. §. 1. D. familiae erciscundae „familiae erciscundae judicium et inter bonorum possessores et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto etc. locum habet " "): wenn er also unshätig ist, so steht er nur für culpa lata, nicht für levis, vorausgesetzt in Hinsicht dieser letzteren dafs er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht; denn ohne diese Gewohnheit müfste er für culpa levis einstehen.

Hiermit glaube ich die angeführten Stellen in Concordanz untereinander erklärt zu

haben: aber die letzte Stelle enthält einen Nachsatz, welcher Zweifel zurücklassen kann; es heifst: „*sed et, si*, cum distrahere debe-ret, *non fecit.*“ “ Zeigt dieser Nachsatz etwa an, dafs Ulpian im Vordersatze von der positiven Thätigkeit des Communionsinteressenten verstanden seyn will — oder beschränkt sich der Nachsatz nur auf unterlassene nothwendige Veräusserungen, in Subsumtion unter die Regel des Vordersatzes „culpae eum reddere rationem, quae dolo proxima est?“ Wenn wir unter dieser Regel des Vordersatzes die schädliche Thätigkeit verstünden, so würde sie gegen unsere Grundsätze von der Thätigkeit und gegen unsere Entwickelung des rechtlichen Umfanges der lex aquilia schnurstracks verstofsen; diefs läfst sich von dem philosophischen Ulpian freilich nicht erwarten; aber eine solche Vermuthung dürfte die meisten meiner Leser nicht ganz befriedigen: indessen werde ich ihnen volles Genüge hier-

über leisten, wenn ich zeige, dafs eben Ulpian an einem andern Orte den Miterben für alle schädliche Thätigkeit im Grundsatze tenent macht, und sogar in einzelnen daraus abgeleiteten Folgesätzen die Aquilia gegen ihn vorschlägt.

l. 16. §. 4. und 5. D. familiae erciscundae

„ sed et si dolo vel *culpa* (jedes Versehen ist hiermit ausgesprochen) quid in usumfructum ab uno ex heredibus *factum* sit, hoc quoque in judicium (familiae erciscundae) venire Pomponius ait; nam et *omnia*, quae quis in hereditate dolo aut *culpa fecerit*, in judicium familiae erciscundae veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit: et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae judicium ea non venit, quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae judicio

Julianus scribit: denique (dem zufolge igitur) ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, *teneri quidem lege aquilia, quasi corruperit*, non minus autem etiam familiae erciscundae judicio, "" " d. h. wo die actio legis aquiliae Statt hat, kann gegen den Miterben eben so weit auch die actio familiae erciscundae gebraucht werden. — — Gerade so ist es in Ansehung der Klage communi dividundo l. 8. §. 2. D. communi dividundo „venit in communi dividundo judicium etiam siquis rem communem *deteriorem fecerit*, forte servum vulnerando etc. "" " Gegen den Successor des widerrechtlich schädlich thätigen Miterben aber kann nicht die aquilia, sondern in allen Fällen, wo dieser gegen den Erblasser Statt hätte, nur die actio communi dividundo auf den blosen dermaligen (zur Zeit der Beschädigung) Werth gebraucht werden, l. 10. pr. D.

communi divid. „quamvis legis aquiliae actio in heredem non competat (verſteht sich lite nondum cum defuncto contestata), tamen hoc judicio heres socii praestet, *siquid* defunctus in re communi *admisit*, *quo nomine legis aquiliae actio nascitur.*“ “ “ Dafs es bei dem judicium familiae erciscundae wohl eben so seyn mufs, bedarf keiner besonderen Erklärung; für diligentia im engen Sinne steht der Communionsinteressent nicht, auch nicht für custodia.

h) Der Ehemann haftet in Ansehung des Dotalgutes für culpa lata und für diejenige Unthätigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt, doch ist die äusserste Grenze auch hiervon die mittlere Unachtsamkeit, culpa levis. —

l. 23. D. de regulis juris.

l. 17. pr. D. jure dotium „in rebus dotalibus virum praestare oportet

tam dolum quam *culpam*, *sed etiam diligentiam praestabit*, *quam in suis rebus adhibet* d. h. auch nach Verschiedenheit der Verhältnisse die Thätigkeit, wie in seinen eigenen Geschäften). " " "

l. 25. §. 1. D. soluto matrimonio „maritum in reddenda dote de dolo malo et *culpa* cavere oportet. " " "

l. 49. pr. D. soluto matrimonio „Mevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum tradidit, quo Otalicius eidem Meviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia: ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Sed sine dolo malo *vel culpa* exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse. " " "

l. 24. §. 5. in f. D. eod. „diligentiam enim uxor a marito eam exiget, quam rebus suis exhibet. " " "

Für diligentia im engen Sinne steht er nicht, auch nicht einmal für custodia.

l. 18. §. 1. in f. D. soluto matrim.

„si circa *interitum* rei dotalis dolus malus et *culpa* mariti absit; actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri. " " "

In Ansehung der Paraphernalgüter haftet er nie für culpa levis, sondern nur für lata, womit die diligentia, quam in suis rebus, hier coincidirt.

l. 11. Cod. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis „si mulier marito suo nomina, id est, foeneratitias cautiones, *quae extra dotem sunt*, dederit, ut *loco paraphernorum* apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, — et dolum et *diligentiam* maritus circa eas praestare debet,

qualem et circa suas res habere invenitur. " " "

i) Der Erbe, wenn er die Erbschaft angenommen hat, haftet den Vermächtnifsnehmern für alles, auch das geringste Versehen, im Thun ohnehin.

l. 14. D. ad legem aquiliam „sed si ipse heres (Servum) occiderit, dandam in eum legatario actionem (legis aquiliae). " " "

auch im Nichthun

l. 47. §. 5. D. de legatis I. „culpa autem qualiter sit aestimanda? videamus — an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid *et diligentia quoque* exigenda est ab herede, quod verius est. — Diese Stelle ist aus Ulpian entnommen, dessen classischen Sinn der diligentia, wenn sie mehr bedeuten soll als culpa levis (*et diligentia*), wir schon oben lernten.

l. 59. D. de legat. I. „si modo *nulla* (heredis) *culpa* incendium contigiset. " " " Die Stelle aus Modestin — l. 32. §. 5. D. de legatis II. — kann keine Irrung machen; sie sagt „species nominatim legatae si non reperiantur nec dolo heredis deesse probentur, peti ex eodem testamento non possunt " " " bezieht sich also ausschliefslich auf die Frage: ob die legirten Species auch würklich erst in der Erbschaft vorhanden waren? Eben so wenig ist uns Marcian entgegen, wenn er in l. 114. §. 19. D. de legatis I. nur culpa levis vom Erben fodert „interdum etiam cum lucro heredis moritur servus legatus, velper fideicommissum relictus, veluti si alienus, vel licet proprius, pluribus tamen separatim ita relictus, ut unusquisque (legatarius) in solidum capiat;

scilicet si sine culpa heredis mortuus sit. — Sie ist ja auch nur in Bezug auf einen legirten Sklaven gefodert, nicht in Bezug auf andere vermachte Sachen, und wir wissen ja schon lange aus l. 5. §. 6. D. commodati, dafs es überhaupt unter den alten Juristen streitig war, ob custodia hominis prästirt würde? Diejenige Meinung gewann, welche diese Prästation nur als Ausnahme bestimmte — viel weniger konnte beim legatum servi die diligentia im engen Sinne vom Erben verlangt werden. Aber was heifst Marcian's Zusatz „vel proprius pluribus tamen ita relictus, ut unusquisque solidum capiat?“ Im alten Rechte gab es eine Art Legate, welche ein eigentliches Obligationsverhältnifs des Erben begründete, wo er also, wenn die Sache an mehrere Ver-

mächtnifsnehmer zugleich vermacht war, dem erstgenannten die Sache selbst, dem anderen den baaren Werth derselben, prästiren mufste — diefs war das legatum damnationis — dabei hatte also auch kein Adcrescenzrecht Statt, und die Verbindlichkeit des Erben, dem einen Vermächtnifsnehmer solidam aestimationem zu erlegen, konnte durch den Untergang der Sache nicht erlöschen; hierzu war eine andere Fassung des Vermächtnisses nöthig, nämlich per modum vindicationis, wo er an Mehrere nur den Sklaven selbst und allein schuldig war; starb hier der Sklave ohne culpà heredis, so starb er lucro heredis...

Der Legatar, wenn er das Legat wieder an einen andern Vermächtnifsnehmer abgeben soll, haftet theils nur für dolus und culpa lata, theils auch für culpa levis — je nach-

dem er weiter nichts als dieses Legat, oder noch sonst einen Vortheil aus dem Testamente bezieht.

l. 108. §. 12. D. de legat. I. „cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas: *siquidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat* in exigendo eo legato, *alioquin etiam culpam* te mihi praestare debere existimavit — sicut in contractibus (hier ist von obligationibus quasi ex contractu die Rede) bonae fidei servatur, ut siquidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.““““

k) Der Usufructuar haftet allerdings für schädliche Unthätigkeit, aber da der Niesbrauch wenigstens nicht immer aus Contractsverhältnissen entsteht, sondern auch aus anderen Quellen, und vorzüglich aus letzten Willensverordnungen, so ist hierüber noch eine nähere Unter-

suchung nöthig. Der Testator sagt im Testamente: den A setze ich zum Erben ein, dem B vermache ich den Niesbrauch meines Gartens — hier geht das jus in rem ususfructus nach erfolgtem Ableben des Erblassers sogleich auf den Legatar über, ohne Tradition von Seiten des Erben; wir sehen hier keinen Contract zwischen Erben und Legatar. Oben haben wir indessen das Princip gesetzt und erwiesen, dafs nur in Contractverhältnissen von Prästation der Unthätigkeit die Rede seyn kann, und ohne das aus denselben resultirende stillschweigende Versprechen hierüber Niemand verpflichtet ist, äussere schädliche Umstände von fremdem Eigenthum abzuwenden — — dahingegen hat der Eigenthümer, dessen Eigenthum einem Andern niesbräuchlich dienet, keine Gelegenheit, solche äussere Umstände von seiner Sache abzuwenden, so lange der Usufructuar berechtigter

Administrant derselben ist: wie unrechtlich müfste es also scheinen, und wie hart gegen den Eigenthümer, wenn der Usufructuar nicht zur Thätigkeit gehalten wäre! . . . Die römische Gesetzgebung griff durch, aber mittelbar, ohne der Philosophie des Rechts zu nahe zu treten — sie sanctionirte:

„Willst du Usufructuar seyn, so mufst
„du dem Eigenthümer versprechen,
„te usurum boni viri arbitratu, et
„finito usufructu restituturum, quod
„inde extabit“ “ “

l. 1. pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat „l. 13. pr. D. de usufructu.“

Ausserdem, dafs der Geniesbräucher dem Proprietar für alles damnum injuria datum durch die Aquilia verhaftet ist,

l. 13. §. 2. D. de usufructu „l. 15. §. 3 l. 66. D. eodem,“

steht er nun auch vermöge seines geleisteten Versprechens für culpa levis und für custodia.

l. 65. D. de usufructu et quemadm. quis utatur fruatur „debet usufructuarius omne, quod diligens paterfamilias in domo sua facit, et ipse facere.““

l. 2. D. usufructuarius quemadmodum caveat „fructuarius *custodiam* praestare debet — l. 1. §. 7. in f. eod. „*omnem enim rei curam suscepit.*““

Die Gesetzgebung kann freilich befehlen, der Usufructuar solle ohne weiteres das und jenes prästiren: der Weeg des Versprechens schien ihr jedoch der Natur der Dinge angemessener, und sie hielt demnach einen jeden Usufructuar zu diesem Versprechen an.

l. 1. §. 2. D. usufruct. quemadmod. cav. „plane et si ex mortis caussa donatione ususfructus constituatur, exemplo legatorum *debebit haec cautio praestari* —

sed et si ex alia quacunque caussa constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.“ “ “

In diesem Versprechen, restitutum iri, quod inde extabit, liegt nun gerade die Zusicherung für alles Abhandenkommen oder Destruction des Objectes (custodia) einstehen zu wollen, sobald dem Geniesbräucher eine Schuld, ein Versehen dabei zur Last fallen solite.

l. 1. §. 7. D. usufruct. quemadm. cav. „stipulatur restitutum iri, quod inde extabit; interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beispiele) fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexit; omnem enim rei curam suscepit — l. 2. eod. „nam *custodiam* (d. h. plenam, überhaupt) praestare debet.“ “ “

Ohne dieses besondere Versprechen würde der Usufructuar also eigentlich nicht für Unthätigkeit gehalten seyn — gerade dieses Versprechen scheint mir demnach zur Wesen-

heit des Ususfructverhältnisses zu gehören *), und die Gesetzgebung durfte es nicht umgehen — — daraus erklärt sich auch die so vernünftige Vorschrift der Gesetze, welche nicht einmal dem Erblasser erlaubte, dieses Versprechen dem Usufructuar zu erlassen **), welche man theils unbillig schalt, theils auf allerlei sonderbare Weise zu modificiren suchte. Ausnahmen hiervon giebt es eigentlich nicht; man führt zwar gewöhnlich

---

*) Alle mir bekannte Rechtsgelehrten widersprechen und halten es für ein naturale usus-fructus — das *debet* interponi haec stipulatio etc., welches l. 1. §. 1. D. usufruct. quemadm. cav. vorkommt, und so manche andere Stellen, welche diese Verbindlichkeit widerholen, bestärken, was die Philosophie des Rechts ausspricht.

**) vergl. insonders l. 7. Cod. ut in possessionem legatorum „ut boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse.““ Der Erbe kann erlassen, was er will, aber die Natur des Ususfructes wird dadurch beschränkt.

deren zwey an: 1) der Fiscus sey cautionsfrei — es ist wahr, der Fiscus braucht keine satisdatio durch Bürgen zu bestellen, wie diefs der Eigenthümer von sonstigen Usufructuaren verlangen kann: aber mit einem simplen Versprechen ist ja schon die Natur des Ususfructverhältnisses in Beziehung auf eine unschädliche Administration gerettet, und dazu ist der Fiscus allerdings gehalten; Ulpian sagt ganz allgemein l. 6. §. 1. D. ut legatorum vel fideicommissorum servandorum caussa caveatur „admonendi autem sumus, rebus publicis remitti solere satisdationem — *repromissio* plane exigenda est.“ “ “ 2) Der Vater sey auch cautionsfrei in Ansehung seines Ususfructes an den Adventitiengüter seiner Hauskinder — Richtig — nicht einmal ein schlechtes Versprechen ist ihm auferlegt — an wen soll er es dann auch thun? an die Hauskinder? Mit diesen kann er ja keinen Vertrag schliefsen, die Personeneinheit steht ihnen im Wege. — — Aber Justinian

ist nicht zu schelten, wenn er in diesem Betracht und in Ansehung der Ehrfurcht, welche die Kinder ihrem Hausvater schuldig sind, demselben alle Rechnungsablage von seiner Administration und ein jedes Cautionsversprechen erliefs (l. 8. §. 4. in f. Cod. de bonis quae liberis) indem die väterliche Gewalt selbst den Vater zur Administration der kindlichen Güter und zur Beziehung aller Vortheile daraus berechtiget. — Hier ist also ein ganz besonderes Verhältnifs begründet, welches den Vater schon ohnehin zugleich verpflichtet, das Beste seiner Kinder zu besorgen — er haftet also schon vermöge der väterlichen Pflicht, welche ihm Natur und Staat auferlegt haben, in Ansehung der Adventitiengüter gerade so, wie ein jeder andere Usufructuar.

l) Der Mandatar haftet sogar für *diligentia* im engen Sinne.

l. 23. D. de regulis juris.

l. 13. Cod. mandati „a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur.““ Also nur den casus improvisus prästirt er nicht, sonst aber alles, auch das geringste Versehen, d. h. *omnis culpa.* — Die Rescripte der Kaiser redeten nicht so in der classischen Sprache, wie Ulpian's Fragmente. l. 21. in fine Cod. eod.

l. 21. in fine Cod. eod. „aliena negotia exacto officio geruntur, *nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*““ Die Einwürfe von Höpfner §. 926. not. 3. sind unbedeutend.

m) Der Commodatar steht für *custodia plena*, und für *diligentia* im engen Sinne sogar.

l. 5. §. 5. D. commodati „custodiam

plane diligentem commodatarius debet praestare. " " "

l. 5. §. 15. D. eod. „verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem me (ex nobis duobus, quibus simul vehiculum commodatum vel locatum est) usum habere; sed esse verius, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere; quare duo quodammodo rei habebuntur. " " "

Dieses Fragment ist von Ulpian, welcher unter diligentia im engen Sinne die custodia begreift. — Die hier besonders erwähnte custodia bezieht sich also auf den Conductor vehiculi, welcher nicht für die eigentliche diligentia haftet; commodatum steht hier auch im Vordersatze voran, wie diligentia im Nachsatze — in Ansehung beider Geschäfte ist übrigens in der angeführ-

ten Stelle die Hauptfrage nur darüber, ob von zweyen Commodataren oder Conductoren eines Vehiculums ein jeder in solidum für diese oder jene Art der Unthätigkeit haften?

l. 18. pr. D. commodati „in rebus commodatis *talis diligentia* praestanda est, qualem quisque *diligentissimus* paterfamilias rebus suis adhibet, *ita, ut tantum eos casus non praestet,* quibus resisti non potest, veluti mortis servorum, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium.“ “ “

l. 5. §. 4. D. eod. „quod senectute contigit, vel vi latronum ereptum est, aut simile quid acciderit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat; proinde et si incendio vel ruina aliquid

contigit, vel aliud damnum fatale, non tenebitur, *nisi forte, cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.*“ “ “ Hieraus entsteht die Frage: „Muſs der Commodatar die commodirten Sachen „im Nothfalle den seinigen unbedingt vorziehen?“ Dieſs behauptet Doneau ohne Einschränkung, und es ist nicht zu verkennen, daſs die Bitte des Commodatars um das Commodat allerdings für diese Behauptung streitet. — — Bedenkt man nun aber auf der anderen Seite, daſs der Commodatar für reinen Zufall nicht steht, und nach Doneau's Behauptung mit seinem eigenen Verderbe das Beste des Commodanten retten müſste, so scheint diese Behauptung dahin modificirt werden zu müssen, daſs der Commodatar in solchen Nothfällen nur nicht sich

allein helfen und das Commodat ganz unbedacht lassen soll. Mir dünkt es demnach der Rechtsgleichheit weit angemessener, den Commodatar zur Rettung gleichen Werthes für beide Theile tenent zu machen, d. h. er soll verbunden seyn, nicht mehr an Werth von seinen Sachen zu retten, als von jenen des Commodanten. — Es heifst in der angeführten Stelle „*res commodatas*“ nicht „*rem commodatam.*““ So lange also der Commodatar eben so viel für den Commodant als für sich aus einer solchen Gefahr gerettet hat, kann man nicht von ihm sagen „suas res praetulit commodatis,“ und dann wäre er für nichts gehalten.

l. 5. §. 14. D. eod.

§. 16. Instit. de obligat. quae ex delicto nascuntur „is, qui commoda-

tum utendi caussa accepit, necesse habet *custodiam* praestare.“ “ “

§. 2. Instit. quibus modis re contrahitur obligatio „is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur.“ “ “ In l. 1. §. 4. D. de obligat. et actionibus werden dieselben Worte vorgetragen, nur statt „exacta“ „exactissima““ . . . Es versteht sich, dafs der Commodatar die actio furti hat, weil er für custodia plena sogar haftet, l. 14. §. 15. D. de furtis „non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea nata est, quia et hujus custodia ad eum pertinet.“ “ “

Es giebt jedoch Fälle, wo der Commodatar weder für diligentia noch für custodia, sondern nur für

culpa lata haftet. Der erste ist, wenn das Commodat zum Vortheile beider Contrahenten gereicht l. 18. pr. in fine D. commodati. Der zweite, wenn es blos den Vortheil oder Wohlgefallen des Commodanten bezwecket l. 5. §. 10. D. commodati.

n) der Depositar steht nur für *dolus* und *culpa lata.*

l. 23. D. de regulis juris.

l. 1. §. 8. D. positi, „si vestimenta *servanda* balneatori data *perierunt;* siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat praestare debere puto " " " also auch in Hinsicht der Destruction und des Abhandenkommens haftet er nur für culpa lata.

l. 32. D. eod.

l. 1. §. 5. D. de obligat. et action.

„is, apud quem rem aliquam depo-

nimus, de restituenda ea tenetur; sed, si etiam negligenter, rem custodi-tam amiserit, securus est, quia non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit: in eo solo tenetur, siquid dolo perierit; negligentiae vero nomine (das heifst mediae) ideo non tenetur, quia, qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet; magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere. " " "

§. 17. Instit. de obligat. quae ex delicto nascuntur „is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat" — darum hat et auch die actio furti nicht. — §. cit. und l. 14. §. 3. D. de furtis.

l. 1. Cod. depositi.

l. 5. §. 2. D. commodati „dolum tantum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem

deponitur, merito dolus praestatur solus — nisi forte et merces accessit, tunc enim et culpa venit" überhaupt gehört dann der Fall unter die Rechtsgrundsätze von der Locatio Conductio. vergl. l. cit. 1. §. 8. D. depositi.

o) Der Empfänger eines Precariums haftet gleichfalls nur für *dolus* und *culpa lata.*

l. 23. D. de regulis juris.

nicht für culpa levis, nicht einmal für custodia in Bezug auf den Diebstahl steht er.

l. 8. §. 6. D. de. precario.

l. 14. §. 11. D. de furtis. *)

p) der Geschäfteverwalter (negotio-

---

*) In diesen beiden Stellen wird er post interdictum redditum für culpa tenent gemacht d. h. er wird nun so behandelt, wie der bonae fidei possessor nach erhobener Klage.

rum gestor) haftet für *diligentia* im engen Sinne sogar.

l. 23. D. de regulis juris. l. 36. D. eodem.

§. 1. in f. Institut. de obligationibus quae quasi ex contractu nasc. „ad *exactissimam* negotiorum gestor *diligentiam* compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, *si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*“ “ “

Unternimmt er Dinge, welche der Geschäftsherr nicht gewöhnt ist zu unternehmen, so steht er auch für den Casus; aber, was er auf der einen Seite genutzt auf der andern geschadet hat, kann er compensiren.

l. 11. D. de negotiis gestis.

q) In den ungenannten Contracten wird *culpa levis* prästirt, sobald die Reue

wegfällt — vorher kann keine Rede von Prästation der Unthätigkeit seyn. — — Wer den Tausch unter die Kategorie der ungenannten Contracte rechnet, wird nur eben so, wie der, welcher ihn mit *Langsdorf* (diss. de pactis et contractibus Romanorum. 1777.) zu den Realcontracten im engen Sinne zählt, zugestehen, dafs dieses Geschäft in allen nicht besonders bestimmten Verhältnissen mit dem Kaufcontracte übereinstimmt.

l. 2. D. de rerum permutatione „permutatio vicina est emtioni. " " "

l. 2. Cod. de rerum permutatione „permutationem vicem emtionis obtinere non est juris incogniti. " " "

und daher von jedem Contrahenten das zu prästiren ist, was der venditor leistet d. h. *culpa lata*, *levis*, und *custodia plena*. — — Besondere Stellen über die Prästation des Fleifses beim Tausche haben wir nicht.

VI.

Revision der Lehre vom Suspensivtermine bei Erbeinsetzungen.

In mehreren teutschen Landesgesetzen findet sich die Vorschrift, dafs dem überlebenden Ehegatten die lebenslängliche Nutzniesung an der Verlassenschaft des Erstverstorbenen zustehen soll. In einem Lande, wo ebenfalls diese Abweichung vom gemeinen Rechte eingeführt ist, ereignete es sich im Jahre 1798, dafs eine Ehefrau, deren Vermögen dreifsig Tausend Thaler betrug, und welche drei vollbürtige Brüder als nächste Verwandte nach ihrem Tode zurückliefs, folgendes Testament errichtete:

„Da mein Schwager Seyfried eine „starke Familie zu ernähren hat, „so will ich denselben mit Aus- „schlufs meiner Geschwister zu „meinem Universalerben hiermit „ernennen, jedoch soll er erst an „dem Tage mein Erbe seyn, da „mein lieber Ehemann mit Tode „abgeht.“ “ “

Vierzehn Tage nach dem Ableben der Frau trat der eingesetzte Seyfried die ihm verlassene Testamentserbschaft an, aber schon ein Vierteljahr hernach verstarb er selbst. Noch drei Jahre nachher verblieb der Witwer in dem Ususfruct, und hierauf verstarb auch dieser. Jetzt kam es unter den Erben des Schwagers Seyfried und den dreien Brüdern der Testantin zum Streite. — Dieser Streit so wie die gegenwärtige Abhandlung wurden durch die Frage veranlafst: „ob der Schwager Seyfried den Todestag

des Wittwers abwarten und erleben mufste, zum Behufe des Rechtes die Testamentserbschaft anzutreten?“

Ein einziges Gesetz, kurz und richtig gefafst, aber isolirt und seelenlos erklärt, veranlafste die ungeheuren Irrthümer, welche man bis auf diese Stunde in allen Lehrbüchern bei Gelegenheit dieser Lehre ohne Scheu dargestellt findet. — Es ist die l. 75. D. de Condit. et demonstrat., des Inhalts: „*dies incertus conditionem in testamento facit.*“ Waldeck *) folgte seinen Vorgängern, und ihm traten seine Nachfolger einstimmig bei. Entweder, lehren sie, ist die der Erbeinsetzung beigefügte Suspensivzeit gewifs oder ungewifs. — Gewifs ist sie, wenn sowohl die Frage: ob, als die: wann sie eintreten wird? im Voraus sicher ausgemittelt sind. — Ungewifs ist sie, wenn wenig-

*) in Compend. Institut. §. 411. Eben so Höpfner und alle mir bekannte Rechtsgelehrte.

stens eine von diesen beiden Fragen noch im Zweifel ist, und zwar sollte blos die erstere: ob? ungewifs seyn, so heifst der Termin dies suspensivus secundum quid incertus: eben so, wenn blos die letztere wann? ungewifs ist: wären aber beide ungewifs, so nennt man einen solchen Termin dies suspensivus absolute incertus. Auf diese Distinctionen baut man folgende Regeln: I.) ein gewisser Termin wird *pro non adjecto* geachtet *); II.) ein ungewisser Termin hingegen macht die Einsetzung bedingt und mufs abgewartet werden; die Delation der Erbschaft bleibt immittelst in suspenso, ohne Unterschied sey der Termin absolute oder secundum quid, ungewifs. Diefs wendet man in Beispielen an: wenn die Ein-

---

*) Es versteht sich, dafs es beim Soldatentestamente anders ist, denn bei diesem hat der Satz: nemo pro parte testatus etc. keine Anwendung.

setzung lautet: A soll mein Erbe seyn an dem Tage, da die jetzt kriegführenden Mächte Friede machen werden: oder: A soll mein Erbe seyn an dem Tage: da B sterben wird; so sagt man, diese beiden Einsetzungen seyen bedingt, und A müsse den gesetzten Termin abwarten, früher werde ihm die Erbschaft nicht deferirt, in beiden Fällen sey nämlich ein *dies secundum quid* — (in Betreff der Frage: wann?) *incertus* vorhanden. Man bezieht sich desfalls auch auf l. 4. pr. D. quando dies legator. „Si, cum heres morietur, legetur, conditionale legatum est; denique (igitur) vivo herede defunctus legatarius legatum ad heredem non transfert.“ Doch macht man III.) eine Ausnahme in dem Falle, wenn es heifst: A soll mein Erbe seyn an dem Tage, da er selbst sterben wird: freilich kann man hierüber nicht hinaus, weil die eben angezogene Stelle §. 1. fortfährt: si vero, cum ipse legatarius mo-

rietur, legetur ei, certum est, legatum ad heredem transmitti. Indessen ist hier die Frage: wann? eben so ungewifs, als in den beiden oben aufgestellten Beispielen — ein Umstand, der schon lange ein reiferes Nachdenken und eine Verbesserung des alten Systemes nothwendigerweise hätte bewirken gemufst — aber man ahnte nichts Arges, man gieng über diese Inconsequenz leichtsinnig hinweg, und suchte dieselbe dem Auge des Anfängers dadurch zu entrücken, weil es doch im letzteren Falle ganz gewifs sey, dafs A den Todestag, nämlich seinen eigenen erleben werde. Man sah sich also genöthigt, von der Frage: ob der Tag oder die Zeit an und für sich gewifs ist? auf die Frage: ob das Erleben des Tages von Seiten des Begünstigten gewifs ist? abzuspringen — warum? weil man sich aus dem Labyrinthe nicht anders zu helfen wufse: zwar wird deutlich in §. 9. Instit. de heredibus instituendis von der Einsetzung:

A soll mein Erbe seyn fünf Jahre nach meinem Tode, wie von einer puren Einsetzung gesprochen — und doch ist hier wahrlich sehr ungewifs, ob A den Ablauf der gesetzten fünf Jahre erlebe? mithin bewiefse der im Seitensprunge ertappte Grund offenbar zu viel!!! Aber das zog man nicht in Betracht. — Übrigens dürfte man, um das Abspringen auf das Erleben besser zu zeichnen, die beiden oben angeführten Fälle wörtlich dahin ändern: A soll mein Erbe seyn unter der Bedingung, wenn die jetzt kriegführenden Mächte Friede machen werden: A soll mein Erbe seyn, unter der Bedingung, wenn B. sterben wird — und Höpfner, so wie Waldeck und ihre Anhänger würden den von ihnen selbst festgesetzten richtigen Regeln von Bedingungen zu Folge diese Umstände für conditiones necessarias, also für keine wahre Conditionen, mithin die Einsetzungen für unbedingt oder pur achten —

sie würden sagen und sagen müssen: diese Umstände würden einst gewifs eintreten; — ist dann nun aber nicht auch der Tag, an dem sie eintreten, ein solcher der gewifs kommen wird? wo ist die Verschiedenheit? Soll sie sich etwa darin auflösen, ob der Erbe den Umstand erlebt? darin kann ich sie nicht finden; es ist gleich ungewifs, ob der Erbe den Eintritt der Bedingungen, so wie, ob er den Tag, an dem sie eintreten, erleben werde? In keinem Falle hat ja auch der Testator das Erleben des Eingesetzten zur Bedingung gemacht.

So auffallend dieser Irrwahn der Rechtslehrer und so allgemein er ist, eben so deutlich wird eine philosophische Auslegung der Gesetze, auf den Grundsatz: nemo paganus pro parte testatus etc. gebaut, bewähren, wie psychologisch richtig die Gesetzgebung auf den Willen des Erblassers berechnet auch hier verfuhr.

Das vernünftige Bewufstseyn der ungezweifelten Gewifsheit eines künftig existirenden Umstandes verträgt sich schlechterdings nicht mit einer Abhängigmachung des menschlichen Willens von der künftigen Existenz eines solchen Umstandes; sondern, wie das vernünftige Bewufstseyn den Umstand bei sich betrachtet, und sich darauf bezieht, so mufs es in demselben Augenblicke nothwendig und vernünftigerweise jetzt gleich in Hinsicht dieses Umstandes fest bestimmt und keinem Wanken mehr unterworfen seyn — den Beweifs hiervon kann ich nicht besser führen, als wenn ich an den Sensus intimus eines jeden provocire: bedenke ein jeder bei sich selbst, er wolle Morgen spatzieren gehen, wenn es Morgen Tag werde: vernünftigerweise und nothwendig wird er schon jetzt gleich, sobald diese Idee in seinem Bewufstseyn sich gezeigt hat, fest entschlossen seyn: Morgen spatzieren zu gehen — der unzweifelhafte Umstand, auf den

er sich bezog, wenn es nämlich am andern Morgen Tag werde, kann seinen Willen, alsdann spatzieren zu gehen, unmöglich bedingen. . . Diese so leicht erfundene aber unumstöfsliche Wahrheit auf letzte Willensverordnungen angewandt, fällt es in die Begriffe, dafs der auf die künftige Existenz eines gewifs eintretenden Umstandes bezogene so erklärte individuelle Wille eines Testators, wiewohl er die zwar jetzt schon fest bestimmt gewünschte und vorgezogene Testamentsfolge noch verschiebt, doch sicher jetzt gleich fest bestimmt und ohne Wanken die Intestatfolge als solche verwirft, wenigstens für einst verwirft. Wie kann es nun im Geringsten befremdend seyn, wenn die Gesetzgebung, ihrem Grundsatze: nemo pro parte testatus etc. getreu, die Testamentsfolge sogleich nach dem Tode des Testators eintreten läfst, und den als Suspensivtermin derselben beigefügten gewissen Umstand für ganz unbedeutend — pro non adjecto — er-

achtet, zumal aus einer Retardation der Testamentsfolge gar mannigfaltiger Nachtheil, aber kein Vortheil für irgend jemand erwachsen, und keine Veränderung des erblasserischen Willens zu Gunsten der Intestatfolger als solcher dadurch je erwürkt werden kann. Dieser reinen Darstellung seht die oben angeführte l. 4. pr. D. quando dies legatorum keineswegs entgegen, wenn sie sagt: Si, cum heres morietur, legetur, conditionale legatum est: denique vivo herede defunctus legatarius legatum ad heredem non transfert: mögen sich Waldeck und seine Anhänger immerhin darauf berufen, sie kann ein für allemal hier gar nicht zur Entscheidung gezogen werden, indem sie gar nicht den Fall einer Collision der Intestatfolger als solcher und des eingesetzten Erben unterstellt: ausserdem soll noch unten in der Note ein anderer Grund entwickelt werden, warum sie unmöglich auf unseren Fall in Frage bezogen werden darf... Aus dem von mir oben auf-

gestellten Princip legen sich hiernächst folgende nähere Resultate vor Augen:

I. Erbeinsetzungen unter einer simplen suspensiven Zeitbestimmung sind pure Einsetzungen — der natürliche Ablauf der Zeit für sich ist ja nach Naturgesetzen ganz gewifs, und stellt sich in dieser Gewifsheit dem vernünftigen Bewufstseyn eines jeden dar. Papinian, der den Ablauf künftiger Jahrhunderte gewifs und gewisser achtete, als die Existenz eines jüngsten Tages, sagte daher in l. 34. D. de hered. instit. „hereditas ex die non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.“ Wenn es also heifst: A. soll mein Erbe seyn an dem Tage, da die ersten fünf Jahre nach meinem Tode abgelaufen sind, so wird A. gleich nach dem Tode des Testirers Erbe: Mit eben diesen Ausdrücken heifst es in §. 9. Inst. eod. „heres ex certo Tempore non potest in-

„stitui, veluti post quinquennium quam „moriar: denique (igitur) diem adjectum „habere pro supervacuo placet, et per- „inde esse, ac si pure heres institutus „esset.“ Ganz dasselbe Verhältnifst ritt ein

II. bey solchen Erbeinsetzungen, welche auf ein zu einer bestimmten Zeit gewifs existirendes drittes Ereignifs bezogen sind, indem hier beide Puncte, die Existenz der bestimmten Zeit und die Existenz des dritten Ereignisses zu der bestimmten Zeit ganz gewifs sind z. E. A soll mein Erbe seyn an dem Tage, da nach meinem Tode das erste Solstitium eintritt. Eben so

III. auch bei solchen Erbeinsetzungen, welche auf ein drittes gewifs, aber zu einer in dieser Hinsicht ungewissen Zeit existirendes Ereignifs bezogen sind, ohne jedoch die Zeit zu welcher es precise existiren

soll, zu bestimmen, weil gerade hier der Wille des Testators, ohne alle Rücksicht der Zeit, auf das als gewifs demselben sich darstellende Ereignifs einzig und allein sich bezog, und an der Zeit, zu welcher (heute, morgen, oder wann immer?) es existiren werde, demselben nach seiner gegebenen Erklärung nichts gelegen ist *) z. B. A. soll mein Erbe seyn an dem Tage da B. sterben wird, oder da die jetzt Kriegführenden Mächte

---

*) Bey Legaten, wo überhaupt kein Verhältnifs zwischen Testaments- und Intestaterben eintritt, mufs freilich ein solcher ungewisser Suspensivtermin als Bedingung gelten, da gerade hierbei deutlich dem Testator daran gelegen ist, dafs der Erbe das Legat einstweilen behalte (vergl. l. 4. §. 1. D. quando dies legator.) und ewig behalte, wenn der gesetzte Umstand nicht bei Lebzeiten des Legatars in Erfüllung geht. S. l. 79. §. 1. D. de conditionibus et demonstrationibus.

Friede machen werden *) . . . Dahingegen

IV. Wenn das Ereignifs entweder an und für sich ungewifs ist, oder zwar an sich gewifs, jedoch auf eine Zeit, woran es gerade nach dem erkennbaren Willen des Erblassers erfüllt werden soll, bezogen ungewifs ist, so ist die Einsetzung nicht pur, und die Intestatfolger als solche sind noch nicht fest bestimmt ausgeschlossen; der Eingesetzte mufs mithin die Erfüllung des Ereignisses erleben, widrigenfalls erhält er die Erbschaft nicht, z. B. A soll mein Erbe

---

*) Es ist dem Testator gleichgültig, ob z. B. der Todestag in Frage heute, morgen, oder zu was immer für einer Zeit eintrete — ohne darauf zu reflectiren, sondern blos in Rücksicht des Ereignisses an und für sich schliefst er deutlich und festbestimmt die Intestatfolger als solche wenigstens für dereinst, mithin auch für jetzt schon, aus.

seyn an dem Tage, da meine Neffe aus Wien hier in Wetzlar eintrifft: oder A soll mein Erbe seyn, wenn am ersten sechsten Jänner nach meinem Tode der Krieg zwischen den jetzt Kriegführenden Mächten beendigt seyn wird. Hierher gehört dann die so sehr mifsverstandene l. 75. D. de conditionibus et demonstrationibus.

VII.

Ueber den Satz: Servitus non potest consistere in faciendo. — Erklärung legis 16 und 17. D. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur.

Den Satz des römischen Rechtes: Servitus non potest consistere in faciendo zog man nie in Zweifel: aber die Auffindung eines philosophischen Erklärungsgrundes desselben blieb bis zu den neuesten Zeiten ein schweres Problem. Wie sehr befand sich nicht Höpfner *) in Verlegenheit, wenn er auf

*) vergl. die siebente Auflage des Höpfnerschen Commentars §. 351.

den angeführten Grundsatz in den verschiedenen Ausgaben seines Commentars kam — kein Wunder, dafs er an servitutes in faciendo des teutschen Rechtes glaubte, denn die von den Römern etablirte Natur der Servituten schien ihm ein leeres Subtilitätengebäude, oder vielmehr — sie blieb seinem Blicke gänzlich verborgen. — — Aber Weber *), der auch die heutige Anwendbarkeit jenes römischen Grundsatzes vertheidiget, stellt in der That die Natur der römischen Servituten um nichts begreiflicher dar, als Höpfner: die Römer seyen, meint er, von dem Gesichtspuncte ausgegangen, „dafs eine Sache als Object der Servitut benutzt werden solle," (diefs könne nur durch pati und non facere von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geschehen), nicht der Eigenthümer der dienenden Sache, wie diefs durch dessen facere der Fall wäre. — So dunkel

---

*) vergl. Höpfner a. a. O. n. 2.

blieben doch gar manche andere zum Theil noch schwerere Lehren des römischen Rechtes nach Webers Erklärungen nicht, und gewifs ist es auch sehr auffallend, dafs das Webersche Postulat zu viel beweifst; wird dann der Eigenthümer, der patitur, non facit, nicht dienstbar, wird er nicht benutzt? Gewifs, zugleich mit seinem Grundstücke — diefs würde bei dem, qui facit, wenn er in re serviente facit, nicht anders seyn . . . Die Erklärung jenes Satzes mufs demnach in anderen Verhältnissen gefunden werden.

Man kann sich durch einen Vertrag zu gewissen Handlungen verpflichten; — diese so begründete Verbindlichkeit ist aber sehr beschränkt; nach dem Tode des lastübernehmenden Paciscenten bindet sie allenfalls noch dessen Universalsuccessor, auf einen Singularsuccessor desselben erstreckt sie sich nach den Grundsätzen des römischen Rechtes nicht. Wiederum kann kein Dritter durch eines Andern Pactum ein fortdauerndes Recht zur

Leistung versprochener Prästationen erhalten — ex pacto tertii nemo adquirit nec obligatur. Solche Verträge oder Versprechungen positiver Handlungen vertragen sich also gar nicht mit der Natur der Servituten, denn diese sollen allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen, und allen Besitzern der herrschenden Sache ein Recht gewähren. — Servitus non potest consistere in faciendo.

Man kann sich aber auch vertragsmäfsig eines oder mehrerer Theile seines Eigenthumes begeben; — hierdurch wird sodann eine Losreissung der Eigenthumstheile, eine Beschränkung des Eigenthumes, bewürkt — ein fortdauerndes Verhältnifs des Nichtmehrvorhandenseyns ehemals da gewesener Eigenthumstheile eingeführt — zu Gunsten einer Sache oder Person. — — Wie nun der künftige Erwerber der dienenden Sache dieselbe mehr oder weniger beschränkt findet, so hat er sie und nicht anders. Enthält nun das Eigenthum nur

a) freies Selbsthandeln des Eigenthümers in Betreff seiner Sache, und b) Ausschliessung eines jeden Dritten von aller Rechtsausübung in Betreff derselben; so kann die Entäusserung der Eigenthumstheile auch nur darin bestehen, dafs der Eigenthümer entweder a) einer ihm sonst zuständigen Disposition über seine Sache sich enthalte, ohne positive Übertragung derselben auf einen Dritten — servitus in non faciendo seu negativa — oder b) leidet, dafs ein Dritter dieselbe ausübe — servitus in patiendo seu affirmativa. —

Diese richtige gewifs befriedigende Darstellung verdanken wir dem Herrn Professor Thibaut *); aber ich glaube, sie zur Entwickelung eines vielleicht noch schwierigeren Problemes, der legis 16. in f. in Verbindung mit l. 17. D. de usu fructu benutzen zu mü-

*) vergl. dessen Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. I. 2.

sen . . . Sollte dieser Versuch nicht mifslingen, so dürfte auch Thibaut's Erklärung des Satzes: servitus non potest consistere in faciendo dadurch zur gröfseren historischen Gewifsheit erhoben werden,

Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest fundo, sagt Ulpian in l. 16. in f. D. de usufructu et quemadmod. quis utatur fruatur — — *nisi qua deterior conditio fructuarii non fiat v. g. altius non tollendi* fährt Paullus in l. 17. D eod. fort.

Wer die vielen, aber sämmtlich auffallend irrigen Interpretationen der berühmtesten Rechtsgelehrten hierüber liefst, würde bald geneigt seyn, die erwähnten Texte unter die Kathegorie des Unerklärlichen zu zählen.

Cornelius van Bynkershoeck *) und

---

*) In observationibus juris romani lib. I. cap. 11.

Cornelius von Eck **) versuchen ihr Heil im Emendiren — sie lesen beide Statt ne quidem — equidem. Der Sinn Ulpian's, meinen sie, sey kein anderer, als der, dafs der Proprietar mit Consens des Geniefsbräuchers dem zum Usufruct gegebenen Grundstücke eine Servitut auflegen könne. Allein dieser Emendation widerspricht die Leseart der Florentina; auch zerstört sie die Verbindung beider Stellen ganz. Hiervon mufsten inzwischen diese beiden Juristen abstrahiren, sonst konnten sie sich unmöglich bei ihrer Emendation beruhigen. Wenn übrigens Ulpian (zwar gegen alle Vermuthung) würklich einen anderen Sinn in seinen Worten urspriünglich aussprechen gewollt hätte, als die Justinianeishe Compilation durch ihre jetzige Fassung und Verbindung densel-

---

**) Principia juris civilis secundum ordinem Digestorum in usum domesticorum collegiorum vulgata. 1742. tit. de usufructu. §. 25.

ben beygelegt hat, so ist doch dieser letztere auf jeden Fall vorzuziehen, und Pflicht des jetzigen Interpreten, sich hiernach zu richten... Ohne Verbindung aber würde die l. 17. gar nicht einmal gelesen werden können.

In eben diesen Irrthum fällt Abraham Wieling *), indem er, gewifs auch ganz gegen allen Sprachgebrauch, ne quidem für etiam non erklärt, und der Stelle den Sinn beilegt: „der Eigenthumsherr könne das geniesbräuchliche Grundstück auch ohne Einwilligung des Usufructuars mit einer Servitut belasten.“

Noch andere Juristen, unter diesen besonders Noodt **) und Jensius ***), mogten dem deutlichen Wortverstande nicht widersprechen, aber ein für allemal schien ihnen

---

*) vergl. dessen lectiones juris civilis. cap. 8.

**) De usufructu lib. 1. cap. 15.

***) In stricturis juris romani pag. 54. folg.

der gerade Menschensinn von Ulpian zu sehr auf die Seite gesetzt, als dafs sie dessen angeführtes Fragment in seiner Allgemeinheit erklärten: sie setzten die willkührliche Modification hinzu, es sey so beim Ususfruct-Vermächtnifs zu halten, wegen der strengen Erklärung letzter Willensverordnungen; bei allen anderen Arten des Geniefsbrauches aber nicht.

In neueren Zeiten forschte Reichhelm *) nicht glücklicher, übrigens ist seine Darstellung kurz, faſslich und ohne Emendation. Wie der Pfandgläubiger, meint dieser Gelehrte, das in der Natur des Pfandrechtes liegende Pfandveräusserungsrecht nicht von sich bringen könne, ohne aufzuhören, Pfandgläubiger zu seyn, und so wenig der Socius von dem Gesellschaftsgewinne, dessen Ge-

---

*) Versuch einer Auslegung dunkler, für den Theoretiker und Practiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht nr. VIII.

meinschaftlichkeit ein wesentlicher Theil des Societätscontractes sey, nichts zu wollen im Ernste versprechen könne, ohne aufzuhören, Socius zu seyn — Eben so wenig könne der Eigenthümer auf das scherzhafte Versprechen des Nutzniessers bauen; nach welchem dieser mit Beibehaltung seines Niesbrauches, also auch des jus utendi fruendi, Verzicht auf das jus utendi thäte. — — Dieser Darstellung steht im Wege, dafs der Nutzniesser einzelne Theile seines Niesbrauches, wie durch Verjährung, an den Eigenthümer verlieren, so auch durch Abtretung an ihn aufgeben kann, ohne dadurch aufzuhören, Usufructuar in Betreff aller übrigen Theile zu seyn. *) — Was könnte nun den Eigenthümer hindern, nachdem er den Consens des Usufructuars auf diese Weise erhalten hat, auf die an ihn zurückgegebenen Theile des Ususfructes Servituten nach Ge-

---

*) l. 14. 20. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt.

fallen zu legen? Dafs der Usufructuar nun freilich, in so ferne er Theile seines Rechtes an den Eigenthümer zurückgegeben hat, nicht mehr Usufructuar wäre, ist wahr; in den angeführten Stellen heifst es aber auch nicht, er müsse zugleich aufs Ganze den uneingeschränkten Niesbrauch behalten, denn diefs wäre die sonnenklare Unmöglichkeit, einer solchen Unmöglichkeit aber ist nicht gedacht. — Es heifst nur, der Consens des Usufructuars solle nichts helfen, und er würde doch durch Cession an den Eigenthümer allerdings helfen. Es scheint also in den Fragmenten von Ulpian und Paullus gar nicht die Rede davon zu seyn, dafs der Eigenthümer auf diese Weise keine Servitut auf das Grundstück legen könne, denn so könnte er es allerdings. Ob der Usufructuar dadurch beschränkt würde, oder nicht? davon ist in diesen Stellen ganz abstrahirt . . . Davon müssen wir ebenfalls ganz abstrahiren, und doch

eine Uumöglichkeit der Servitutbestellung auch unerachtet des von Seiten des Proprietars sowohl als des Usufructuars eingetretenen Consenses dazu nachweisen.

Eine Servitut, die den Ususfruct beschränkt, läfst sich nicht anders denken, als

„durch die an einen dritten geschehene „positive Uebertragung eines Thei- „les der Füchtenperception oder Benuz- „zung.“

Diese positive Übertragung auf einen Dritten können beide, Usufructuar und Proprietar, mit vereinten Kräften nicht bewürken. — Diefs ist der gerade Sinn, welchen die platten Worte der Stellen aussprechen; den Widerspruch, das jus utendi an den Eigenthümer abzutreten, und doch zugleich dasselbe als fortbleibender Total-Usufructuar zu behalten, ahnen sie gar nicht.

Betrachten wir nun, welche Eigenthumstheile und wie dieselben durch Bestellung des Ususfructes vom Eigenthümer auf den

Usufructuar übertragen worden sind, und was hiernach noch in der dem Eigenthümer überbleibenden Proprietät enthalten ist. — Diese simpeln Abstractionen werden uns überzeugen, dafs die reinsten Begriffe dem Urtheile der römischen Juristen zum Grunde lagen — sogar — dafs alles entgegengesetzte Raisonnement — Inconsequenz wäre.

Volle Früchtenperception und Benutzung der Sache ist die Wesenheit des Ususfructes. — Diese wurde vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen, aber in dieser Übertragung liegt keinesweges das Recht, diese Befugnifs weiter zu übertragen. — Der Usufructuar kann also für sich selbst nichts von seinem Rechte an einen Dritten veräussern.

l. 44. D. Locati (von Ulpian) „locare servitutem nemo potest. " " "

l. 1. D. de usu et usufructu legato (von Paullus) „nec usus nec ususfructus itineris, viae etc. legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. " " "

Eben so wenig kann es der Proprietar für sich selbst, denn alles Recht, Früchte von seiner Sache zu percipiren und dieselbe zu benutzen, ist von seinem Eigenthume losgerissen, er hat es nicht mehr, so lange der von ihm bestellte Usufruct dauert.

Was könnte also die Concurrenz des beiderseitigen Consenses in die Übertragung eines Theiles der Früchtenperception oder der Benutzung auf einen Dritten bewürken, welchen der eine Consentient (Proprietar) dermalen gar nicht eigenthümlich hat, der andere aber, welcher ihn zwar dermalen eigenthümlich hat (Usufructuar), nicht veräussern kann?

Wie aber wenn nun doch der Usufructuar einen Theil seines Rechtes einem andern überläfst? Solange er Usufructuar ist, ist die Übertragung von Würkung, aber nicht als jus proprium tertii, sondern als

exercitium juris alieni. — Mit dem Aufhören des Usufructes hört auch sie auf, würksam zu seyn.

l. 1. in fine D. de usu et usufructu legato.

Bayerische Staatsbibliothek München

Berichtigungen

der wegen Entfernung des Druckortes eingeschlichenen Druckfehler:

Zeile 16. Seite 197. lies: hinter „Weiden:“ „und Fressen““

— 1. — 214. lies: „Beschädigenden““

— 3. — 217. lies: statt „würde“ „wurde““

— 6. — 230. lies: statt „Function“ „Sanction““

— 24. — 272. lies: statt „*diligentiam*“ „*diligentiae*““

— 4. — 280. lies: hinter „sie“ „in““

— 11. — 285. lies: hinter „*malo*“ „*ne de hereditate adquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci; sed et si non dolo malo etc.*““

— 12. — 288. lies: hinter „*debuerim*“ „*vi mihi ademta fuerit; quamvis eam custodire debebam*““

— 14. — 289. lies: statt „mit“ „auf““

— 10. — 305. setze am Ende hinzu „der““

— 4. — 330. lies: statt „von“ „vor““

— 1. — 357. lies: hinter „*culpa*“ „*levis* oder“

— 5. — 361. lies: statt „nur“ „mit““

Seite 361. setze am Ende hinzu: „Dem Schenker wird alle nicht grobe Unthätigkeit verziehen.““

Zeile 21. Seite 367. lies: „wuſste“ st. „wuſse““

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schömann, Franz, 1781-1813

Handbuch des Civilrechts

Bd.: 1. (1806).

Giessen 1806
J.rom.c. 286-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565906-2